



Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Carazinho/RS

Marcio Renan Hamel (Org.)



A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito. Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos. Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente anuário/2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.



**Temas
Contemporâneos
do Direito 2018**

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Carazinho/RS

Organizador:
Marcio Renan Hamel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HAMEL, Marcio Renan (Org.)

Temas contemporâneos do Direito 2018: Campus de Carazinho/RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

271 p.

ISBN - 978-85-5696-543-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Marcio Renan Hamel.....	9
1	11
A desvinculação do juiz ao laudo médico pericial: a motivação das decisões judiciais como garantia da busca da verdade real no processo previdenciário	
Samira Dreon; Edimara Sachet Risso	
2.....	39
A inaplicabilidade da lei da anistia frente aos crimes praticados pelos agentes estatais durante a ditadura civil militar de 1964	
Yago Gilberto de Almeida Pedroso; Rodrigo Graeff	
3.....	69
A inclusão das pessoas com deficiência e as alterações no regime da capacidade civil: avanço ou retrocesso?	
Luiza Amende de Souza Leal	
4.....	101
As garantias legais para a proteção da gestante apenada e de seu filho	
Mariana Longaretti; Linara da Silva	
5.....	123
Crime de estupro e sentença judicial: Os estereótipos de gênero e a (im)parcialidade do julgador frente análise do comportamento da vítima	
Adriana Tramontini Bicigo; Rodrigo Graeff	

6.....	153
Direito penal sob a perspectiva dos direitos humanos: o princípio da legalidade	
Julia Levandoski	
7.....	181
Globalização nas sociedades complexas e o desemprego tecnológico: uma leitura a partir da obra de Alvin Toffler	
Jacson Bacin Vicente	
8.....	197
Os benefícios da Justiça Restaurativa no processo de ressocialização dos apenados	
Eliete Teixeira; Linara da Silva	
9.....	223
O interesse público nos recursos excepcionais e a proposta de emenda à Constituição n. 209/2012: a (in)adequação da repercussão geral no recurso especial	
Maria Carolina Rosa de Souza	
10	243
Terceirização como instrumento de precarização das relações laborais	
Bruna Ortiz Camargo	

Apresentação

Marcio Renan Hamel¹

A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em consideração a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito, além da própria importância do Direito para sociedades extremamente complexas.

Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém do estado alcançado pelas investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos.

Pensar a pesquisa jurídica a partir de seus objetivos básicos, tais como a produção de novos conhecimentos científicos e a sua divulgação à comunidade acadêmica e profissional é um trabalho que exige comprometimento e ética, sem o que não se alcança a solidificação institucional da pesquisa e a excelência acadêmica. É objetivo deste anuário dar visibilidade às investigações acadêmicas

¹ Coordenador de Pesquisa FD – UPF

docentes e discentes, a fim de demonstrar as verificações teóricas e práticas da Ciência do Direito.

Reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desta Faculdade Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente *Anuário 2018* da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo no Curso de Direito do Campus de Carazinho, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.

Por fim, cabe registrar o agradecimento aos autores e autoras que contribuíram para esta primeira edição, os quais não hesitaram em atender ao chamado desta Coordenação de Pesquisa e também da Direção da Faculdade, a fim de que a execução da proposta se realizasse. Com desejo de uma ótima leitura, a todos(as), muito obrigado!

A desvinculação do juiz ao laudo médico pericial: a motivação das decisões judiciais como garantia da busca da verdade real no processo previdenciário

Samira Dreon¹

Edimara Sachet Risso²

Introdução

O objetivo do presente estudo é verificar qual a possibilidade de embasamento do juiz, na concessão de benefício por incapacidade, nos exames e atestados médicos particulares, produzidos por médico assistente e já apreciados em contraditório prévio, ou seja, pelo INSS, quando da tentativa de concessão administrativa. Ainda, se é possível que se decida a lide com base em mera prova pericial, negligenciando a documentação coligida aos autos.

O problema de pesquisa que se estabelece diz respeito a grande quantidade de decisões judiciais fundamentadas de forma superficial e pautadas apenas na perícia médica que não apura incapacidade laboral, sem a apreciação da documentação médica, o que faz parecer que todo aquele conjunto probatório não tem força

¹ ssamiradreon@gmail.com

² edimara@upf.br

probante, o que não constitui verdade, conforme se verá com o presente estudo.

O magistrado ficaria vinculado à prova pericial de tal maneira a desconsiderar uma prova documental robusta, já apreciada e de conhecimento da Autarquia Previdenciária? O juiz não poderia firmar seu convencimento em elemento diverso constante nos autos?

Além desta compreensão, a noção de processo civil constitucional que, quando se trata de concessão de benefício por incapacidade. Ainda, o Código de Processo Civil de 2015, como nova perspectiva de um processo pautado em garantias fundamentais processuais. O direito à prova também é abordado, uma vez que necessária se faz a compreensão do direito ao contraditório e à ampla defesa quando respeitada a motivação das decisões judiciais.

Posta assim a questão, é de se dizer que a concessão de benefício previdenciário por incapacidade é direito social e, portanto, tem status de garantia. A partir do momento que se obsta tal direito surge a injustiça, que é o oposto do que busca o magistrado como detentor do poder jurisdicional: a busca da verdade real. Dessa forma, necessária se faz a presente pesquisa.

1 A “livre” apreciação das provas no processo civil brasileiro

O processo civil brasileiro é norteado pelos princípios e normas constitucionais que embasam o procedimento judicial. Este viés constitucional das normas de processo civil sabidamente foi ampliado em razão do Novo Código de Processo Civil que se encontra em vigor desde março de 2016.

No processo previdenciário assim como no processo civil, normas, princípios e os próprios costumes se fazem presentes nas fontes dos mesmos e é também por meio delas que o Estado confere a prestação jurisdicional, guiando-se não só pelas normas processuais quando profere a decisão judicial.

As normas não se chocam. Os princípios, de forma diversa, quando opostos no caso concreto, devem ser ponderados, porque colidem entre si. Por terem uma função orientadora e interpretativa, eles são avaliados pelo próprio intérprete que poderá ou não considera-los na análise do caso concreto. Tal regra é básica na Hermenêutica Jurídica.

Tais considerações, acerca dos princípios e das possuem estreita relação com a análise do processo judicial previdenciário, guiado segundo as normas do processo civil.

O fato de o conflito de princípios e normas possuir íntima relação com o processo previdenciário, especialmente quanto às demandas que versam sobre a concessão de benefícios por incapacidade, advém da teoria de que não seria necessária uma codificação do processo previdenciário, mas que é imprescindível o desenvolvimento de um procedimento específico nestas demandas, para que fossem evitadas injustiças materiais por meio de um processo não adaptado à realidade do seguro ou mal utilizado mediante a total desconsideração das particularidades que possui (TAVARES, [s.d.], p. 14).

Ao submeter a lide que versa sobre a concessão de um benefício previdenciário ao juízo, se estabelece uma relação processual quase que *sui generis*, onde não se tem de um lado Autor e de outro um Réu na forma comumente estabelecida. Inicialmente, há o ente público como Réu (Autarquia Previdenciária), o Juiz como titular da prestação jurisdicional eo Autor, que deveria atuar em igualdade de forma, ressalvados, é claro, os privilégios decorrentes de sua condição de ente público. Ainda, há o perito, que atua lado a lado com o juiz na produção da prova pericial, hábil ao seu convencimento, que constituirá um dos elementos a serem considerados pelo juízo.

Contudo, na prática, há um desvirtuamento dos preceitos fundamentais de garantia à prova no processo civil, especialmente no que tange a peculiaridade do devido processo legal no processo previdenciário.

O princípio do devido processo legal previdenciário pode ser compreendido como a garantia neste tipo de processo da mais ampla possibilidade de manifestação e de produção de prova pelas partes, de maneira que se componha uma lide justa e a decidir, com o mais alto grau de segurança e no mais curto tempo possível, a respeito da entrega ou não do bem de natureza fundamental, que é o direito social constituído na prestação da Previdência Social, de acordo com o sistema instituído (TAVARES, [s.d.], p. 14).

A demanda de concessão de benefício previdenciário é ação judicial que goza de extrema relevância diante do objeto social que está em jogo, e o bem da vida juridicamente tutelado, devendo a mesma ser conduzida de acordo com o que ditam os princípios interpretativos e constitucionais relacionados ao direito previdenciário, muito além dos princípios fechados do processo civil comum.

Dessa forma, necessária se faz a análise dos aspectos constitucionais da vinculação do juiz a prova pericial quando da motivação da decisão judicial que deve ser pautada nas normas juridicamente impostas ao julgador da lide, fruto da interpretação da lei ao caso concreto. A motivação deve, sobretudo nesta espécie de processo, individualizar a demanda e não deixar nada do abordado no processo na penumbra, por assim dizer.

Sabe-se que as decisões promovidas pelo Poder Judiciário brasileiro devem ser motivadas. Significa dizer que todas as decisões proferidas deverão ser fundamentadas, conforme o entendimento do julgador, constando a sua interpretação da norma ao caso concreto.

O princípio da motivação das decisões judiciais está elencado no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A decisão administrativa de processos no âmbito da Administração Pública Federal deve ser pautada nos princípios gerais da Administração Pública, isto é, os elencados no artigo 37 da Constituição Federal, bem como obedecer ao disposto no artigo 2º, incisos I a XIII do parágrafo único da Lei 9.784/99, que

disciplina o processo administrativo em tal esfera. Dentre os quais, pode-se destacar atuação conforme a lei e o Direito e indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

Em ambos os casos, em processo administrativo ou processo judicial, necessária se faz a motivação da decisão que, no caso do processo administrativo, advém dos próprios princípios da Administração. Nos processos judiciais, por sua vez, a necessidade de motivação das decisões deriva da força normativa dos princípios constitucionais, conforme, inclusive, defende o neoconstitucionalismo.

O princípio da motivação das decisões judiciais guarda grande compatibilidade com o que preceitua o devido processo legal previdenciário, o contraditório e a ampla defesa. Acerca deste, o ponto chave da discussão é a sua própria aplicação por parte do julgador ao decidir a demanda, seja em forma de sentença, seja de forma interlocutória, quando de fato exerce sua função jurisdicional.

A jurisdição, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser traduzida como sendo a atividade pública e exclusiva do Estado-Juiz que se exerce por meio de um processo, onde se resolve a controvérsia ou conflito estabelecido entre as partes (CAMBI, 2001, p. 21).

O jurisdicionado, quando lhe sobrevém uma decisão judicial, tem direito a motivação da mesma, pois esta possui natureza de direito fundamental, uma vez que o artigo 93, IX, da Constituição, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões em desconformidade com o referido dispositivo (DIDIER JÚNIOR, p. 04).

Trata-se da ampla carga de normatividade dos princípios constitucionais, decorrentes do movimento do neoconstitucionalismo, difundido amplamente no Brasil a partir do século XX. Tal fase do direito processual civil provocou uma abrupta mudança no papel do juiz dentro do processo. Senão vejamos:

Atualmente, é crescente a idéia de um direito processual civil que consagre a teoria dos direitos fundamentais, bem como a força normativa da Constituição. Tal fenômeno é designado por renomados autores de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Processualmente, seguindo a acepção do neoconstitucionalismo, atualmente se fala em neoprocessualismo [...] (LOURENÇO, p. 5).

O neoprocessualismo fica explícito no Código de Processo Civil de 2015. Nele, fica clara a influência do movimento, pois traz as normas fundamentais previstas na Constituição Federal para o processo civil. Tal aproximação se fez necessária. A Constituição cidadã de 1988 pôs à prova a rigidez do Código de Processo Civil de 1973, Lei n. 5.869/73. Aplicar a Constituição a toda e qualquer norma processual não é mais uma opção.

Dessa forma, ainda se reforça mais a ideia de que a fundamentação das decisões judiciais não é mera faculdade do juiz.

Nesse sentido, importa ressaltar a decisão judicial do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em processo previdenciário:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, CF. VIOLAÇÃO. NULIDADE. 1. A falta de fundamentação da sentença afronta o art. 458, II, do CPC e o art. 93, IX, da CF/88, porque não preenche um de seus requisitos essenciais e não observa o princípio da motivação das decisões judiciais, respectivamente. 2. A decisão sem fundamentação e que não aprecia as teses trazidas à lume implica nulidade absoluta (TRF4, AC 0017354-40.2015.404.9999, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, D.E. 29/09/2016).

O artigo 458, inciso II, a que se refere a decisão judicial, é do antigo Código de Processo Civil, de 1973, e trazia em sua redação que dentre “requisitos essenciais da sentença” estariam “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

A redação do artigo era sucinta, mas já bastava para ressaltar que a interpretação dada deveria ser pautada no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A antiga redação do artigo 458 se manteve no Novo Código de Processo Civil, que em seu artigo 489, inciso II, o traduz, estendendo a motivação das decisões judiciais e aumentando a carga normativa do princípio da motivação.

Se há debate é porque há democracia. Enquanto as partes puderem se manifestar por meio de seus argumentos e pedidos, o magistrado responde por meio de seus provimentos jurisdicionais. Se não há motivação, não há diálogo entre as partes, contrariando o exercício dialético indispensável para estabelecer um raciocínio jurídico e uma democracia processual. A motivação constitui limitação ao arbítrio estatal, imposta pelo Estado por meio de seus legisladores (FORSTER, 2017, p. 68 e 69).

A motivação e a publicidade andam juntas. Se todos os julgamentos serão públicos, ressalvada a hipótese de segredo de justiça - mantendo assim a dignidade e intimidade dos indivíduos, outras duas garantias com *status* constitucional -, os argumentos utilizados nas decisões do Estado também serão, sob pena de nulidade. Assim se efetivaria de fato o devido processo legal, o acesso à justiça e a tutela jurisdicional eficiente.

Não fundamentar, portanto, é o mesmo que o Estado negar a prestação jurisdicional a uma das partes e não referir o porquê. O juiz está adstrito às normas e, por isso, deve decidir de forma a pautar-se nelas - princípio da legalidade -, utilizando-se dos princípios para decidir de acordo com a Constituição. Assim, quanto à falta de fundamentação das decisões do juiz, importa referir:

O direito positivo não entende outras razões além daquelas traduzíveis nos termos de seu código, programas e função. Daí, afirma Garcia Amado, “o juiz, por exemplo, não atua em razão de fins, mas a partir do cumprimento de certas condições iniciais: as previstas na norma. Para Luhmann, desconhecer este dado e

introduzir elementos teleológicos, cálculos sobre as consequências, discricionariedade judicial etc. significa bloquear a função do direito como estabilizador de expectativas, inviabilizar a redução da complexidade alcançada com a divisão de tarefas entre o legislador e o aplicador das normas e questionar a autonomia do sistema face aos demais sistemas, como o político, o econômico etc. (CAMPILONGO, 2010, p. 22).

Tal fato parece notório se visto dessa forma. Contudo, na prática dos tribunais, ainda que a letra da lei e a própria intenção do legislador indiquem o caminho correto a ser seguido, se segue o contrário.

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou sobre a “falta de fundamentação” e sobre a mesma ser diferente que “fundamentação concisa”. Sua conclusão foi a de que “A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou Tribunal dê as razões de seu convencimento” (VIEIRA, 2010, *apud* STF, AgR em AI 162089/DF, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 12.12.1995, DJU de 15.03.1996, p. 7.209).

Por dar as razões de seu convencimento significa dizer à parte sucumbente porque sucumbiu, e não apenas dizer à parte que venceu porque venceu.

A motivação das decisões judiciais está diretamente ligada à apreciação das provas no processo previdenciário. Isso se deve ao fato de que, no momento de proferir a decisão, o juiz deve apontar em quais provas se baseou para se convencer.

Inadequado seria esquecer-se do objetivo do processo, que é a busca da verdade real, traduzida na melhor decisão possível ao caso concreto, limitado ao pedido e à causa de pedir (princípio dispositivo), bem como os elementos juntados aos autos, por meio do exercício do contraditório das partes.

Em uma perspectiva técnico-processual, o contraditório se amolda à estrutura da relação jurídica processual, colocando-se o juiz entre a tese do autor e a antítese do réu, para, dialeticamente,

obter uma síntese, isto é, uma decisão que, acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, leva em consideração, necessariamente, os argumentos de ambas as partes. Uma vez que o juiz deve levar em consideração as contribuições trazidas por cada um dos litigantes, o método dialético, estruturado processualmente através da garantia constitucional do contraditório, permite a descoberta da verdade dos fatos e a concretização da justiça das decisões (CAMBI, 2001, p. 128).

A motivação das decisões judiciais, portanto, tem íntima ligação com as provas produzidas no processo, pois o juiz ao apreciar as teses e contra teses das partes, necessariamente verificará quais são as provas produzidas hábeis a comprovar a pretensão das mesmas.

Essa apreciação da prova advém do sistema legal que o processo civil adota de apreciação da prova. Vale a pena destacar:

A doutrina costuma afirmar que existem três grandes sistemas no que diz respeito aos critérios de formação do convencimento do magistrado, quais sejam: (i) o sistema da prova legal (tarifada); (ii) o sistema da livre convicção; e (iii) o sistema da persuasão racional (VIEIRA, 2010, p. 377).

A apreciação de cada um destes sistemas deve ser compreendida como fruto de uma intensa evolução histórica que permitiu a apreciação da prova em cada momento da história de uma maneira diversa.

No sistema da prova legal, ou seja, de tarifação das provas, há regras de valoração para cada elemento probatório no caso concreto. O legislador estabelece de antemão um juízo valorativo, vinculando normativamente o convencimento pessoal do juiz, chegando próximo de anular a valoração que pode ser feita pelo juiz no caso concreto (DINAMARCO, 2001, p. 74 e 75).

O segundo sistema referido anteriormente é o da livre convicção. Também chamado de convencimento moral ou íntimo, caracteriza-se pelo poder do julgador em apreciar a prova, sem

qualquer limite. É o poder arbitrário do julgador ao firmar seu convencimento sobre a lide (VIEIRA, 2010, p. 379).

Contudo, tal sistema caiu em desuso no processo civil, permanecendo, em alguns casos no processo penal. Com base em tendências internacionais, surge no Brasil o terceiro sistema, chamado de Persuasão Racional.

Como forma de frear a discricionariedade do juízo, forma-se o sistema da persuasão racional. Nele o magistrado deve prolatar a decisão que advirá de uma operação lógica firmada com base nos elementos de convicção expostos no processo (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 459).

Tal sistema preza pela credibilidade do juízo, que não poderá firmar seu convencimento de forma tão ampla, a ponto de gerar insegurança e instabilidade jurídica. Não se pode olvidar, no entanto, que em demandas como as de concessão de benefícios previdenciários por incapacidade, em razão do caráter eminentemente social do objeto da ação, necessária se faria uma análise quase que extraprocessual, de forma ampliada e irrestrita na busca da verdade real pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se verificar, inclusive, uma gama de detalhes que, muitas vezes, não são levados ao processo simplesmente porque não se sabe quais os pontos a serem analisados pelo juízo, constituindo informação fora do processo. Informações tais como grau de escolaridade, possibilidade de reabilitação para outra função senão aquela exercida antes da patologia incapacitante para o labor, renda familiar per capita, entre outros.

O processo previdenciário, em que pese ser disciplinado pelo processo civil, parece destoar inclusive na forma como é conduzido pelos magistrados.

Essa espécie de processo carece de uma forma mesclada de análise da prova. Ao que se nota, a tarifação, isto é, o cálculo exato de valoração de uma prova em detrimento das demais não deixou de ser utilizada no processo civil brasileiro. Os resquícios deste

sistema podem ser observados neste tipo de ação, onde as provas não necessariamente divergem em valor, mas quando uma delas determina o destino final do processo.

Cumprir referir que, sobre a motivação das decisões e o paradoxo com a avaliação das provas, tem-se:

Ressalve-se que, somente a partir do exame casuístico, é que se pode verificar o cumprimento de necessidade justificatória da decisão, no intuito de verificar se foram apresentadas as efetivas razões de decidir. A motivação é, nesse sentido, a demonstração de todo iter seguido pelo magistrado, desde a valoração das provas e dos argumentos das partes, até suas conclusões, de forma racional. A liberdade decisória no sistema vigente não se confunde com arbitrariedade e impõe ao julgador que apresente os respectivos motivos (FORSTER, 2017, p. 69).

A decisão que advir da demanda previdenciária deve ser motivada. Tal motivação deve conter os elementos utilizados pelo julgador para firmar seu convencimento, dizendo as partes o porquê cada uma delas obteve o resultado que obteve, constituindo assim real respeito às garantias e direitos fundamentais processuais ao indivíduo.

2 O Código de Processo Civil de 2015 e Seus Reflexos na Motivação das Decisões Judiciais e na Apreciação da Prova

A maior e mais recente alteração legislativa em termos de processo civil certamente foi a revogação total do Código Buzaid e a sanção do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

Toda a carga principiológica da Constituição Federal de 1988 passou a integrar o processo civil de forma expressa diante desta alteração legal. A hermenêutica jurídica foi altamente valorizada quando da elaboração do Novo Código e por meio dela é que se passou a buscar um processo civil quase que de excelência, onde a formalidade é relativizada em nome do direito do indivíduo.

Noções de contraditório, ampla defesa, devido processo legal e fundamentação das decisões judiciais, bem como o princípio da legalidade no qual se baseia a atuação do julgador são introduzidos no Código, não sendo mais necessário busca-los na Constituição, pois passaram a andar nitidamente juntos.

Em virtude dessas considerações, impende observar que o artigo 10 do Novo Código de Processo Civil, contido no Capítulo I do livro legal - intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” -, já evidencia o respeito ao contraditório das partes.

O juiz, na apreciação da prova, é livre para firmar seu entendimento em qualquer delas, conforme a interpretação segundo o sistema da Persuasão Racional. Contudo, quando decidir a lide, deve firmar seu convencimento em prova produzida sob o crivo do contraditório e, caso não tenha sido, pelo menos que tenha sido oportunizada à outra parte que se manifeste sobre ela.

O artigo 9º do Código de Processo Civil, que diz que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, também deixa clara a existência do contraditório e do dever de aplicação do mesmo. Além disso, o dispositivo se ocupa com o princípio da ampla defesa. Reiterando o que decorre diretamente do “modelo constitucional do direito processual civil”, todas as decisões devem ser proferidas apenas depois de ser franqueado o prévio contraditório a seus destinatários. O objetivo da norma é de evitar o proferimento das chamadas “decisões-surpresa”, o que também é perseguido, embora em perspectiva diversa, pelo art. 10 do CPC de 2015 (BUENO, 2016, p. 55).

Reforçando o sentido constitucional do processo civil, neste mesmo sentido, o artigo 11 no referido livro legal refere que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. É a tradução do princípio da motivação das decisões judiciais do artigo 93, IX, da Constituição.

De outra banda, o Código de Processo Civil inovou também quanto à ampliação dos poderes do magistrado, no que diz respeito à relação processual. Senão vejamos:

Mediante a ampliação da técnica de legislar por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, o código permite ao magistrado uma condução mais livre no direcionamento do processo. Dentre estas inovações, o código permite a alteração do ônus da prova, o que a doutrina já vem concluindo ser o acolhimento da teoria do ônus dinâmico da prova (BOTELHO apud RUBIN, 2017, p. 36).

Sabe-se, no entanto, que a teoria utilizada no processo civil brasileiro é a teoria estática do ônus da prova, traduzida no artigo 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil, que dizem que “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Não quer isso dizer, entretanto, que de agora em diante o juiz poderá distribuir o ônus probatório sempre para a parte contrária à juridicamente mais frágil da relação. Quer dizer, deste modo, que o Novo Código de Processo Civil vem estabelecer uma nova teoria, a da Dinamização do ônus da Prova. Sobre ela, importante referir que:

Assim, a dinamização do ônus da prova, também conhecida como teoria do ônus compartilhado da prova, vem em alternativa à teoria estática, através de uma maior confiança depositada pelo legislador ao julgador e da premissa de que as relações litigiosas contemporâneas contam corriqueiramente com uma clara desigualdade processual entre as partes, seja pela experiência de um litigante frente ao outro, ou mesmo por seu conhecimento técnico específico privilegiado ou ainda por clara desigualdade financeira que impõe dificuldade na demonstração do direito material. Assim, trata-se da teoria que melhor atende a isonomia substancial das partes frente ao processo (BOTELHO apud RUBIN, 2017, p. 40).

É uma grande alteração em prol de um processo célere, rápido, que vá realmente ao encontro da busca da verdade real, concedendo a prestação jurisdicional em tempo, de maneira realmente efetiva.

A prova em novo viés processual civil passa a ser objeto de inúmeras análises. No âmbito previdenciário a instrução probatória é o momento em que o segurado, nas ações de concessão de benefício por incapacidade, que busca a benesse negada na via administrativa, pode de fato se manifestar a respeito da patologia incapacitante que lhe acomete.

Trata-se esta nova teoria a partir do Código de Processo Civil de 2015, de uma alteração do ônus da prova, e não de inversão. Bem por ser uma alteração a cargo do juiz que incumbe ressaltar:

[...] Se trata de alteração do ônus da prova a cargo do juiz no caso concreto e especificadamente sobre o fato que reclama a necessidade de inversão, é que se faz imprescindível que se opere em momento que permita à parte prejudicada a possibilidade concreta de produzir a prova (BOTELHO apud RUBIN, 2017, p. 42).

Consoante noção cediça, a dinamização do ônus da prova deve respeitar requisitos, tais como a verificação, por parte do julgador, de que é melhor para uma ou outra parte que se deixe a produção da prova a seu encargo, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil.

Essa dinamização da prova gera insegurança em alguns juristas, pois se acredita que o Código de Processo Civil forneceu aos juízes um poder de dirigir o processo muito além do que lhe era devido, já que é um mero representante do Estado que promove a prestação jurisdicional, não podendo mais ser encarado, inclusive como “presidente” no processo.

Ocorre que tais regras de ônus da prova são direcionadas às partes, de maneira principal, já que são elas que precisam provar para que, possivelmente, vençam a causa. Um dos pontos que ganharam espaço com o Novo Código de Processo Civil - já

existindo timidamente no Código Buzaid -, fruto de construções doutrinárias, principalmente, é a indeclinabilidade da jurisdição. Sobre ela, cumpre ressaltar que:

Quando há uma questão incerta no processo, sem provas suficientes para a formação do convencimento, tendo em vista a regra da indeclinabilidade da jurisdição, cabe ao juiz julgar conforme o ônus da prova. Parte da doutrina faz menção, ainda, ao princípio da aquisição da prova, ou ao chamado “ônus objetivo”, no sentido de que, se a prova foi produzida, e consta dos autos, cabe ao juiz levar em conta, independentemente de qual parte a produziu. Nesse sentido, o juiz deve apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento (art. 371 do CPC) (GARCIA, 2016, 161).

Desse modo, pode-se concluir que o juiz, ao se deparar com o conjunto probatório, deve considera-lo como um todo para firmar seu convencimento, não apenas ao que achar conveniente, uma vez que, caso simplesmente considere uma prova em detrimento das demais, presume-se um pré-convencimento, evidenciando um alto nível de subjetividade.

Frise-se que o juiz é detentor do poder instrutório, podendo ele exercê-lo em busca da verdade real, objetivando uma decisão de forma mais justa e igualitária, conforme o artigo 370 do Código, que prevê que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Ainda, o juiz deve indeferir, sob decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Especificamente quanto às regras de ônus da prova, o art. 373 do novo CPC, anteriormente mencionado, tem como fundamento o interesse da parte no sentido de que o fato seja considerado verdadeiro pelo juiz ao decidir (GARCIA, 2016, p. 161).

Impende destacar ainda que a produção da prova evidencia a importância dos princípios constitucionais do contraditório e da

ampla defesa no processo civil, antes timidamente contidos no Código de 1973.

O contraditório, como garantia constitucional no processo, determina que as partes devam ser informadas de todos os atos processuais, de maneira que possam tomar conhecimento e reagir às alegações feitas dentro da lide processual. O magistrado é participante deste processo de aplicação do princípio constitucional, não se podendo olvidar que sua atuação deve garantir que o processo seja pautado no respeito a essas garantias processuais. Quanto a isso, deve-se salientar:

O contraditório, na linha da constitucionalização das garantias processuais, não mais se restringe à oitiva formal das partes quanto aos diversos atos processuais, mas passa a exigir, de modo dinâmico e dialético, o efetivo diálogo e participação, possibilitando que a tutela jurisdicional a ser proferida alcance os objetivos da efetividade, celeridade e justiça. Ou seja, devem-se garantir o debate e o direito de ‘influenciar na formação da decisão’, isto é, no resultado do processo, em consonância com a ‘democratização’ do sistema jurisdicional. Logo, cabe ao juiz provocar o debate das diversas questões envolvidas, evitando os chamados ‘julgamentos surpresa’ (GARCIA, 2016, p. 139).

Desse modo percebe-se que o processo previdenciário poderá ter enormes e inúmeras mudanças seguindo essa aplicação do contraditório e da ampla defesa. Essas garantias às partes atingem o segurado que pleiteia a prestação de maneira ampla, principalmente na produção da prova.

Juntamente com a proibição do proferimento de decisões-surpresa, cumpre destacar o direito de ver os argumentos utilizados respondidos no momento da decisão. É o que prescreve o artigo 489 do Código, parágrafo 1º, inciso IV.

Desse modo, cumpre destacar que se a decisão seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, tal decisão fere o princípio

constitucional da motivação das decisões judiciais. Nesse sentido, pode-se dizer que:

Partindo-se de uma aceção forte de contraditório, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial deixa de ser tão somente intrínseco (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e passa a assumir também feição extrínseca (a fundamentação dos arrazoados). Não há o que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 201).

Desse modo, a fundamentação ideal nos processos previdenciários é essa, a motivação que determina o artigo 489 do Código de Processo Civil. Por tais razões, as partes não só exercerão a ampla defesa alegando, como os julgadores terão o dever de apreciar os argumentos das partes, seja o autor, réu ou terceiro que participe do processo (DALL'ALBA, 2017, p. 25).

Uma fundamentação concisa, no Novo Código de Processo Civil, é aquela em que a decisão esmiúça o processo, analisando, de fato, a situação posta. Tal técnica redundará em uma mesma consequência: o julgador não oferece uma justificação autônoma, essencialmente escorando-se em decisão, parecer ou manifestação anteriores. Mais relevante que distingui-las é apontar os critérios utilizados para seu emprego. A motivação *per relationem* deverá ser restrita a questões muito excepcionais.

Importa destacar que há reconhecimento do caráter problemático do direito com o advento no Novo Código de Processo Civil. O papel reconstrutivo de sua interpretação judicial fez com que o papel das partes e do próprio magistrado sofresse forte impacto positivo, pois as partes não estão mais adstritas à matéria de fato, bem como o julgador não mais está confinado na matéria de direito. Todos passaram a ter o direito de se pronunciar previamente sobre as normas jurídicas a serem aplicadas pelo magistrado e, ainda, o juiz tem o poder de conhecer de ofício fatos

secundários e determinar, inclusive, provas de ofício (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 180).

Quanto ao poder do magistrado de ampliação do campo probatório, importa referir o artigo 370 do Código de Processo Civil que diz que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Assim, cumpre ao magistrado, que firmará seu convencimento e dele gerará a decisão judicial, dizer quais as provas que deverão ser produzidas, direcionando o processo de maneira célere e objetiva, não mais fazendo com que as partes tentem descobrir qual prova poderá convencer o juízo. Ainda, constitui maneira de assegurar a economia processual.

Deste modo, pode-se afirmar que o processo civil - enquanto procedimento utilizado no processo previdenciário - deve ser pautado em princípios constitucionais de forma ampla. Não se pode olvidar, no entanto, que essas garantias hoje se encontram também na legislação infraconstitucional, não sendo possível optar ou não pela aplicação da Constituição.

A atribuição do dever de fundamentação - e, por conseguinte, do direito à publicidade - das decisões judiciais como normas fundamentais do processo civil, especialmente no que tange a carga do princípio do contraditório visa a caracterizar o processo civil brasileiro e a administração da Justiça Civil do País a partir de uma ideologia democrática. As razões invocadas pelas partes devem ser ouvidas e a fundamentação deve condizer com o que foi requerido, pois ocorre em função da necessidade de controle de poder pelas partes e pela sociedade em geral, o que é justamente assegurado pela publicidade do processo e dos seus atos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 181).

A motivação das decisões judiciais, como parte da carga principiológica constitucional presente no Novo Código de Processo Civil, reforça ainda mais o que o Código Buzaid ressaltava sobre o direito constitucional à prova e ao contraditório e à ampla defesa. Assim, parte-se da carga principiológica que envolve o

processo civil e se vai a busca de uma compreensão constitucional do direito à prova no processo previdenciário.

3 Direito constitucional à prova no processo de concessão de benefício previdenciário: o conflito entre prova pericial e documental

O procedimento seguido pela ação de concessão de benefício previdenciário é comum a todos: ajuizamento da demanda - coligindo anexos os documentos médicos que o segurado possui, bem como a comprovação da negativa de prestação por parte do INSS e os documentos pessoais do segurado -, marcação de perícia médica com médico constante no rol dos peritos da subseção judiciária, procedimento adotado pelos serventuários da justiça, manifestação das partes quanto ao laudo juntado pelo perito e, por fim, sentença.

O objeto principal do estudo é a análise da produção da prova. O processo previdenciário embora envolva um objeto social de caráter fundamental, é confundido muitas vezes com um processo comum, encarado pelo julgador com menor importância.

O processo previdenciário - enquanto garantidor de um mínimo existencial - que envolve um segurado que discute capacidade ou incapacidade de trabalho, ou seja, incapacidade de prover seu sustento, frente à noção de garantias constitucionais dentro do processo civil, deve ser visto de maneira diversa.

A produção da prova tem íntima relação com o processo como um todo. Quando do ajuizamento da demanda a prova documental é juntada. Após, há a produção da prova pericial. Contudo, quando do proferimento da sentença, o juiz firma seu convencimento baseado exclusivamente na perícia médica. É o caso da seguinte decisão:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO

INICIAL. 1. Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o Julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. [...] (TRF4, AC 0010812-11.2012.404.9999, SEXTA TURMA, Relator LUIZ ANTONIO BONAT, D.E. 28/01/2015)

Há um grande conflito intrínseco às relações jurídicas que envolvem a concessão de benefícios previdenciários e na própria apreciação da prova pelo julgador. A apreciação da prova, constitucionalmente assegurada, é dividida quando em relação aos documentos médicos coligidos aos autos, em paradoxo com a perícia médica judicial.

No processo civil brasileiro vige a premissa de que o convencimento do juiz é tarefa imposta às partes, por sua indicação, uma vez que o juiz somente pode decidir a lide com base nos elementos trazidos aos autos e, com o advento do Novo Código, o julgador deve apontar quais seriam estes elementos. Se estiverem nos autos e produzidas sob o crivo do contraditório, o juiz é adstrito às provas, não podendo simplesmente optar por alguma delas. Pode-se compreender, portanto, que,

Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, a convicção do juiz) (CAMBI, 2001, p. 47).

O direito constitucional à prova deriva do princípio do Devido Processo Legal, uma vez que ele é que determina o procedimento probatório como direito conferido às partes pela Carta Maior, senão vejamos:

O devido processo legal, tendo o contraditório como vital corolário, impõe que as partes tenham garantidas todas as possibilidades, lícitas e legítimas, de convencimento do julgador;

sendo nulo o processo em que constatada supressão à parte do amplo direito de provar sua versão dos fatos (previsão expressa no art. 5º, LIV, LV, e LVI, da CF/88) (RUBIN, 2014, 197).

Conforme acima mencionado, o direito à prova deriva do princípio de devido processo legal, elencado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Mais do que tal previsão legal expressa, cumpre referir o grau de garantia fundamental que confere o ordenamento jurídico a tal princípio, pois se encontra disposto no rol da Carta Maior.

Tal grau conferido ao princípio retro mencionado deve-se ao fato de que a todo e qualquer litigante em qualquer processo judicial, em nível de igualdade, deve-se respeitar o processo legal disciplinado por lei específica, uma vez que se preserva, assim, também o contraditório e a ampla defesa.

Em se tratando de demandas que versem sobre as prestações previdenciárias por incapacidade para o trabalho, desde já se ressalta que carecem de maiores debates para descortinar os reais requisitos para que seja possível sua obtenção. Contudo, não bastasse os inúmeros debates acerca do conceito de incapacidade, ainda surgem questões de ordem processual, do direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como ao devido processo legal (KATO; KAMPA, 2014, p. 85-86).

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, elencados no inciso LV, da Constituição Federal, tratam-se, ambos, de corolários do princípio do devido processo legal. Sem o respeito a tais garantias, não há processo apto a busca da verdade real por meio da prestação jurisdicional, principalmente em se tratando de benefícios por incapacidade.

Garantia constitucional também é a efetiva tutela jurisdicional, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, a tutela jurisdicional se efetiva no

âmbito constitucional. Tal fundamento legal também constitui o chamado acesso à justiça.

Contudo, a prestação jurisdicional, consistente em uma resposta jurisdicional pelo juiz togado, somente será válida e efetiva, se respeitados os princípios e garantias constitucionais do devido processo legal, por meio do contraditório e da ampla defesa, seus corolários.

Quanto ao princípio constitucional do acesso à justiça, aplicado ao processo civil de forma ampla, cumpre referir que o mesmo não se limita a uma mera admissão ao processo ou a uma possibilidade de ingresso em juízo, conforme:

[...] Ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos) (CAMBI, 2001, p. 104).

Eis que surge o direito constitucional à prova. Não basta que as partes litiguem em busca de uma prestação jurisdicional, é preciso que as garantias fundamentais dentro do processo sejam ressaltadas e observadas.

O contraditório e a ampla defesa, por exemplo, são exercidos dentro do processo legal, portanto, e se inter-relacionam. Em que pese sejam *prima facie* idênticos, ambos são bem diferentes. Há grandes discussões, por exemplo, sobre a ampla defesa dizer respeito somente ao réu, ou se a ambas as partes (DALL'ALBA, 2017, p. 13).

No processo previdenciário a prova principal passa a ser a perícia médica. Tal perícia pode ser inclusive indireta. Pode-se fazer perícia médica nos documentos coligidos aos autos.

Do conflito de normas constitucionais deve-se aplicar a ponderação. Seria o conjunto probatório vasto que pesaria mais na balança do que uma prova pericial, feita, na maioria das vezes, de forma discricionária pelo perito médico?

Se as partes possuem direito de ver seu litígio julgado por um juiz imparcial, obviamente também tem o direito a um perito imparcial. É fundamental que o perito seja técnica e moralmente idôneo para que o juiz possa formar um convencimento adequado a respeito dos fatos e para que as partes, por consequência lógica, sejam realmente atendidas por um juiz imparcial. Nesse sentido é que se pode afirmar que o juiz deve, antes de julgar o próprio litígio, julgar o próprio perito (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 772-773).

Tais noções de imparcialidade decorrem dos mesmos princípios constitucionais que envolvem o direito à prova. O juiz não pode estar adstrito a alguns pontos e se desatentar-se a outros, sob pena de violação a todo um ordenamento jurídico criado para garantir às partes direito de prova e do devido processo legal em sua concepção mais ampla.

Dessa forma, a ampliação dos poderes do juiz a respeito de ir à busca da prova que melhor o convença não é a única modificação importante do Código de Processo Civil. Com base na carga principiológica constitucional presente no livro legal, a apreciação das provas de forma motivada pelo juiz é direito constitucional da parte e não pode, sob nenhuma hipótese, ser negligenciado.

Considerações finais

O objetivo do presente estudo foi o de realizar uma análise constitucional do processo civil previdenciário, a fim de verificar a que ponto o juiz está impedido de embasar-se em atestados e

exames médicos particulares para proferir sentença de concessão de benefício previdenciário por incapacidade, quando a perícia médica não apontar a incapacidade laborativa, mas os documentos médicos sim.

O problema de pesquisa surgiu das inúmeras decisões judiciais de indeferimento e processos julgados improcedentes em razão de a perícia médica ter sido desfavorável, enquanto há documentação médica particular farta e robusta coligida anexa à petição inicial, bem como juntada no curso da lide.

Estaria o julgador adstrito desta forma à perícia médica judicial, ou apenas firma seu convencimento de acordo com sua conveniência? Ainda, a documentação médica não seria hábil a comprovar a limitação, que gera em maior ou menor grau incapacidade laborativa?

Assim, conclui-se, primeiramente, que o juízo não está de forma alguma adstrito à prova pericial produzida nos autos. A interpretação constitucional que deve ser dada aos processos judiciais, seja com o advento no Novo Código de Processo Civil, seja pelo neoprocessualismo presente desde o Código Buzaid, não permite que simplesmente se firme convicção em um elemento constante nos autos.

O conjunto probatório deve ser apreciado de forma detalhada e na motivação da decisão proferida pelo julgador, deve-se constar em maior e menor grau o porquê da convicção do juízo naquele sentido.

A perícia médica, por constituir meio de apuração de fato que dependa de conhecimento especial ou técnico, é levada em consideração de forma absoluta, como se não fosse capaz de se verificar, por meio do apontado no laudo pelo perito, bem como dos quesitos, as limitações alegadas na própria documentação médica.

Qual a diferença que possui o perito médico com o assistente técnico? Muitas vezes o próprio perito não é especialista na área. É

tamanha a subjetividade que não se pode firmar o convencimento, sob pena de ferir princípios constitucionais de elevado valor.

É o caso do devido processo legal, por exemplo, que não apenas dita que o processo civil será adequado e nele respeitados o contraditório e a ampla defesa, mas também pelas noções de igualdade no direito à prova, bem como o direito à imparcialidade do juiz.

O magistrado, detentor de poder jurisdicional conferido pelo Estado, quando se atém a opiniões formadas de peritos médicos judiciais e não considera, nem mesmo refere nas suas decisões a documentação médica constante nos autos, fere inclusive o princípio do juiz natural.

O respeito à motivação das decisões judiciais, conforme inicialmente determinado pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, advém inclusive da noção de um juiz natural, comprometido com a busca da verdade real e que delimita às partes quais as provas hábeis a convencê-lo de suas alegações.

Ignorar a prova constante nos autos fere o direito à defesa. Impossibilita às partes que recorram, pois apenas se diz à parte vencedora da demanda porque venceu, mas deixa-se de dizer à parte sucumbente, que é a parte interessada em reformar o *decisium* por meio de recurso, o porquê não venceu a demanda.

A mesma carga de trabalho que lota o Judiciário brasileiro, impedindo decisões de fato eficientes e constitucionais, impede que o juiz aprecie de fato a qualidade e credibilidade do perito escolhido pela subseção judiciária para aquela incumbência. Muitas vezes tal perito nunca de fato tratou a patologia que acomete o segurado em questão, Autor da demanda.

Em contrapartida, o médico assistente, que atesta a incapacidade para o trabalho do Autor, é aquele especialista que apenas trata de tal patologia, tendo total domínio para de fato verificar a incapacidade laborativa. Os exames médicos que o assistente indica são os hábeis a comprovar que a limitação existe. Mas, sabe-se, não são apreciados, porque a perícia médica tal qual

como é hoje, verifica as condições de aparência e, não raras vezes, nem suas condições físicas são avaliadas.

Inúmeros são os princípios que determinam o verdadeiro processo civil constitucional previsto pela legislação brasileiro. Contudo, a motivação das decisões judiciais é o primeiro a ser desrespeitado. A falta de fundamentação fere a Democracia, fere o direito constitucional do indivíduo de ampla defesa e contraditório e do devido processo legal previdenciário.

A cada decisão judicial proferida em desconformidade com os princípios aqui tratados faz com que um segurado perca seu direito à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Os direitos sociais devem ser estritamente respeitados sob pena de transformar os menos favorecidos em não favorecidos.

É necessário individualizar a demanda previdenciária. A motivação *per relationem* não pode de maneira alguma existir nestas demandas, onde o bem juridicamente tutelado é o bem da vida, e o caráter social do objeto da ação é evidente. A motivação das decisões judiciais está diretamente ligada à apreciação das provas no processo previdenciário. Isso se deve ao fato de que, no momento de proferir a decisão, o juiz deve apontar em quais provas se baseou para se convencer. Em razão da indeclinabilidade da jurisdição, inclusive, o juiz deve levar em consideração o conjunto probatório, bem como responder a toda argumentação das partes, ressaltando e mencionando todas as teses levantadas.

Faz-se necessário que o estudo da prova, diante de todo o conjunto de princípios constitucionais, seja permanentemente atualizado, pois as garantias fundamentais aplicadas ao processo civil não podem, sob nenhuma hipótese, serem desrespeitadas, em razão do desrespeito direto à Constituição Federal.

Portanto, entende-se ser é possível a decisão judicial com base nos exames e atestados médicos para a concessão de benefício por incapacidade, bem como se baseando no conjunto de informações sobre o segurado autor da demanda.

Com base nos poderes do magistrado em firmar seu convencimento em quaisquer provas constantes nos autos – e que fora oportunizado o contraditório quanto a elas -, é possível concluir que a demanda previdenciária carece de tal interpretação constitucional.

Referências

BRASIL. Lei n. 13.105, de 2015. *Código de Processo Civil (2015)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2018.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2/2016.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. Vol. 3. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 12/2010.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A Defesa no novo Código de Processo Civil. In: *Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Luis Alberto Reichelt e Fernando Rubin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCIA, Gustavo Barbosa. Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 - Principais Modificações, 2ª edição. Forense, 05/2016.

KATO, Cesar Augusto; KAMPA, Rose. Direito Constitucional à Prova e a Perícia Médica Previdenciária no Juizado Especial Federal. In: *Curso de Perícia Judicial Previdenciária*. Coord.: José Antonio Savaris. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo-valorativo e suas Influências no Novo CPC*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405>. Acesso em: 09 ago. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RUBIN, Fernando. *A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *O Devido Processo Legal Previdenciário e as Presunções de Prova*. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/noticia/download/20/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova>>. Acesso em: 09 out. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIEIRA, Márcio. Os Resquícios de Prova Tarifada no Processo Civil Brasileiro e sua Influência no Livre Convencimento do Magistrado. *Revista da ESMESC*, v. 17, n. 23, 2010.

A inaplicabilidade da lei da anistia frente aos crimes praticados pelos agentes estatais durante a ditadura civil militar de 1964

Yago Gilberto de Almeida Pedroso

Rodrigo Graeff

1 Introdução

Entre os anos sessenta e oitenta, o Brasil viveu um período de obscurantismo, violência e repressão, marcado por uma relação ditatorial no modo de exercício do governo para com a população. Ao longo deste momento crítico da política brasileira, muitas reações sociais se opuseram ao regime ditatorial instalado, resultando no incremento da violência praticada pelo Estado e por resistentes, resultando em exílio, acusações de tortura, execuções e prisões inválidas.

Como forma de superar um evento tão autoritário, permitindo o retorno dos exilados e uma gradativa e adequada democracia, o Legislador aprova a Lei n. 6.683/79, conhecida como Lei da Anistia, a qual tornou sem efeito a prática de atos criminosos de ordem política cometidos tanto por civis quanto por militares. Em que pese o conteúdo avançado da respeitável legislação, muito se questiona até os dias de hoje, como pode o Estado ter buscado igualar na balança do Direito o civil e o militar, especialmente levando-se em conta que o militar agia

representando o próprio Estado, em tese reserva ética da sociedade.

A partir desses conceitos, o presente artigo se debruça ao escopo de verificar a existência de possibilidades de afastar da incidência da Lei da Anistia, os crimes cometidos por militares durante o período ditatorial indicado. Para tanto, será buscado avaliar o momento histórico da implementação do referido dispositivo legislativo, bem como quais seriam as aparentes contradições que a Lei da Anistia traz em seus fundamentos.

Por fim, a partir do direito comparado e da análise das relações entre soberania nacional e relações internacionais, será traçado um ponto de raciocínio que aproxime a situação brasileira de uma possibilidade de se processar os agentes estatais responsáveis, em tese, por atos que estão vinculados ao imaginário pátrio de forma ainda muito sensível. Buscar questionar a aplicabilidade de um instrumento legislativo diante do funcionamento e operação do Direito, pode constituir não apenas instrumento simbólico, como também meio de superação a um passado autoritário.

2 Questões técnicas sobre a Lei da Anistia: aspectos contraditórios

Analisando o instituto da anistia a partir de seu conceito jurídico, interpreta-se que se trata do “perdão concedido aos culpados por delitos coletivos, especialmente de caráter político, para que cessem as sanções penais contra eles e se ponha em perpétuo silêncio o acontecimento apontado como criminoso” (SILVA, 2008, p. 109). Nessa percepção, ao promulgar uma Lei da Anistia, o Estado maior por conveniência ou interesse social e político, decide não punir aqueles que serão abrangidos pela Lei, antes ou depois da condenação.

Ainda durante a Ditadura Militar no Brasil, instaurada entre os anos de 1964 e 1985, já se espalhavam rumores sobre uma nova

lei, que serviria para resgatar presos políticos, entre outras classes de pessoas de vários presídios do Brasil, até então atingidos pelos atos institucionais. Assim sendo, nos anos setenta a sociedade brasileira começou a realizar manifestações para que esta nova legislação fosse colocada em pauta pelo Congresso Nacional.

Nos anos de 1978 e 1979, o governo brasileiro era pressionado por diversos setores de representação social, como da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e a Conferência Nacional dos Bispos (CNBB)¹. Além disso, os presos políticos realizaram greve de fome, em diversos presídios brasileiros, em favor da aprovação da Lei da Anistia (SALATIEL, 2009). Acrescente-se que as atividades decorrentes do apoio da nova lei foram se espalhando por todo o Brasil, além dos apoios da OAB e da CNBB, foi sendo estabelecidos Comitês pelo Brasil (MELITO, 2014).

Dessa forma, “no final de 1978, foi realizado em São Paulo o 1º Congresso Nacional da Anistia, que foi um marco político para o movimento. Foi neste evento que se lançou a palavra de ordem Anistia ampla, geral e irrestrita” (GABRECHT; PEREIRA; OLIVEIRA, 2005, p. 106). Nesse mesmo norte, “ampla, porque deveria alcançar todos os punidos com base nos Atos Institucionais, geral e irrestrita porque não deveriam impor qualquer condição aos seus beneficiários e nem o exame de mérito dos atos praticados”. (GABRECHT; PEREIRA; OLIVEIRA, 2005, p. 106).

Finalmente, com a atmosfera que estava o país na época, lotado de manifestações e organizações, com os seus respectivos apoiadores, a Lei da Anistia ganhou força no cenário nacional. Logo, no ano de 1979, foi eleito um novo presidente, João Baptista de Oliveira Figueiredo, e a partir de seu mandato se inicia um processo de redemocratização no país, o que resulta no envio ao Congresso Nacional da proposta da Lei da Anistia. (SALATIEL, 2009).

1 A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) é a instituição permanente que congrega os Bispos da Igreja católica no País (CNBB, 2018).

A referida legislação acaba sendo promulgada em 1979, sob o número 6.683, para reverter punições aos brasileiros entre os anos de 1961 e 1979, período em que estes foram considerados criminosos pelos militares (PORTAL BRASIL, 2009). Entretanto, os manifestantes queriam que a Anistia fosse ampla, geral e irrestrita, mas a Lei da Anistia não abarcou a totalidade de suas pautas. Algumas pessoas foram excluídas dos efeitos dessa nova Lei:

Portanto, a anistia não foi ampla, geral e irrestrita em relação aos cidadãos que resistiram em defesa da democracia e da liberdade de expressão. É certo que possibilitou o imediato retorno de líderes políticos, estudantes, sindicalistas, intelectuais entre outros exilados, reintegrando milhares de brasileiros ao exercício da cidadania em sua própria pátria. Muitos presos políticos foram soltos imediatamente. Entretanto, outros cidadãos civis brasileiros não foram beneficiados pela anistia, por terem sido condenados pela prática qualificada de “crimes de terrorismo”. (GABRECHT; PEREIRA; OLIVEIRA, 2005, p. 107).

Verifica-se, portanto, que, em que pese o aparente objetivo de superar o período ditatorial, a aplicação prática da Lei da Anistia excluiu do seu bojo de incidência certas personalidades em razão da capitulação de seus crimes. O parágrafo segundo do artigo primeiro da Lei n. 6.683/79², é claro em excluir de sua área de atuação os condenados por ações especialmente reprováveis. Entretanto “na interpretação do Supremo Tribunal Federal, o terrorismo, o sequestro e o atentado pessoal são ações criminosas, tão-só quando praticadas por adversários do regime militar, não quando cometidos pelos agentes públicos da repressão” (Comparato, 2010).

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tinha uma interpretação um pouco obscura, pois aqueles considerados “terroristas”, “assaltantes”, ou “sequestradores”, não puderam ser inseridos nos benefícios da Lei da Anistia, enquanto agentes

2§ 2º - Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

estatais foram plenamente favorecidos pela Lei, tendo em vista o fato de que, à época, como representantes do Estado, não sofriam com tais rótulos.

Salienta-se, entretanto, que a Lei da Anistia foi considerada um ganho para a sociedade na época, beneficiando muitas pessoas, como mencionado anteriormente. Mas ao longo dos anos foi gerando manifestações contrárias, justamente pelo uso excludente que se extraiu da aplicação prática da Lei n. 6.683/79.

Já o artigo 1º acompanhado do §1º³ da Lei da Anistia mostra claramente que para o recebimento da Anistia deveria ter uma vinculação entre o crime cometido ao um crime político, ou até mesmo a um crime conexo a ele, evidenciando claramente o critério utilizado pela Lei. Inquestionavelmente, a Lei serviria para tratar de crimes políticos, sendo o principal objetivo da Lei. Então, cabe ressaltar o que é um crime político envolve atos ou omissões que prejudicam os interesses de um Estado, de um governo ou do sistema político. Assim, no geral, considera-se que o crime político em dois tipos, o próprio, que causa ameaça à ordem institucional ou ao sistema vigente ou o impróprio, que é o crime comum conexo ao delito político, ou seja, um crime de natureza comum, porém dotado de conotação político-ideológica. (GUERREIRO, 2011).

Ademais, outro critério utilizado na Lei, no seu artigo 1º, é de que os beneficiados pela referida Lei, seriam as pessoas que foram atingidas pelos atos institucionais, sendo estes estabelecidos durante o regime militar. Dessa forma, as pessoas que sofreram com os atos institucionais foram os manifestantes, guerrilheiros (mesmo que não foram beneficiados, pois foram acusados de terrorismo), estudantes, bem como os políticos, que foram banidos

3É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares (vetado). § 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, 1979).

e exilados, entre outras formas de punições realizadas pelos agentes do Estado. Nesse norte, a Lei foi feita para essas pessoas que foram citadas anteriormente, com o seu critério bem específico em seu artigo 1º.

Sem dúvida, os atos praticados pelos agentes não poderia ser afetado pela Lei da Anistia, até porque os militares não iriam afetar a si mesmos, pois os atos institucionais não afetaram militares, mas sim políticos e civis. Assim, “os crimes cometidos pelos agentes da repressão em prol do regime, não seriam jamais punidos, pelos atos institucionais. Praticaram crimes comuns, e, portanto, não são beneficiados pela Anistia”. (BOTTINI E TAMASAUKAS, 2009, p. 110).

Outro ponto a se destacar na Lei da Anistia é os crimes conexos aos crimes políticos, que obviamente deveria ter uma relação entre um crime e outro, como por exemplo, um crime de homicídio, em que o réu elimina a vítima para a mesma não efetuar testemunho em desfavor do acusado em outro crime. Inclusive igualmente, para se verificar a conexão de algum crime, deve estar presente à simultaneidade de condutas, e unidade de desígnio, como, por exemplo, em um conflito de estudantes e policiais em uma praça pública em um determinado lugar, com agressões recíprocas. (BOTTINI E TAMASAUKAS, 2009).

Nesse mesmo sentido, verifica-se que os militares usaram do 1º da Lei da Anistia para poder abranger a todos, pois assim, deixaram em aberto para a Lei beneficiar as pessoas do interesse próprio dos agentes ao prescrever “consideram-se conexos, crimes de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. Nesse sentido, ressalta-se que:

Os juristas da ditadura ou aqueles que a ela acomodaram, encontraram, na interpretação deste último dispositivo [§1º do art. 1º], argumento para beneficiar tantos quantos torturaram e mataram em nome do Estado. Falou-se, então, numa lei de ‘duas mãos’, a contemplar vítimas e algozes (BICUDO, 2005, p. 89).

No norte do autor acima, os juristas da ditadura, se aproveitaram do §1º da Lei da Anistia, pois é aí que fica uma brecha na Lei, uma abertura para beneficiar os dois lados, principalmente o lado militar, os mesmos que torturaram várias pessoas na época do regime militar. Assim sendo, a Lei da Anistia “andou” para o lado dos militares, com naturalidade, sem que os agentes fizessem nenhum esforço para isso, ficando a abertura perfeita na Lei para que os militares adentrassem nela. Dessa mesma forma, esclarece Figueiredo (2005, p. 293):

Em 1979, o governo patrocinou a Anistia, o que permitiu a volta dos banidos e dos exilados e promoveu o esvaziamento das prisões políticas. Aquele foi o gesto mais concreto feito até então no sentido de mostrar que o processo de abertura era de fato irreversível. Figueiredo acertou no cravo, mas também tratou de malhar a ferradura. Para muitos, a Anistia significava a liberdade, mas para outros era sinônimo de impunidade. Torturadores e carrascos foram contemplados na lei do perdão, ficando assim livres de possíveis processos judiciais pelos crimes cometidos em nome da Segurança Nacional.

Assim, a formação da Lei da Anistia não foi algo em que os militares pensaram em favorecer a sociedade brasileira à época, pois os civis e políticos que foram tirados de presídios e tiveram os seus direitos de volta, foram apenas fantoches para o benefício dos militares, sendo que tudo foi bem planejado e no fim deu certo para os agentes.

Então, não há de se falar que os militares agiram dentro do interesse público na época, mas com toda a certeza foi por interesse próprio. Eles apenas colocaram alguns aspectos que poderia favorecer pessoas que realmente deveriam ser favorecidas, para assim, ter algum apoio do povo. De acordo com o Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 184):

Com efeito, por força do regime democrático e do sistema representativo, presume-se que toda atuação do Estado seja pautada

pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da “vontade geral”, não quando cometidos pelos agentes públicos da repressão.

Em completo desrespeito à Supremacia do Interesse Público, criou-se a aludida Lei, não apenas anistiando, mas possibilitando o completo acobertamento dos fatos, impossibilidade a verdade, a justiça que deveria ter sido feita na época, contra os militares de má-fé e totalmente dissimulados.

Necessário acrescentar que, além de ser contraditória diante da Constituição Federal de 1988, a Lei da Anistia também se contradiz em relação a três princípios constitucionais significativos, o princípio da impessoalidade, moralidade e da imparcialidade, mesmo que este último princípio não esteja dentro de um processo administrativo, onde ele é aplicado. Assim, os princípios são feridos em relação à forma em que a Lei foi constituída. Nesse sentido, é o que se verifica em relação ao princípio da impessoalidade:

Impessoalidade no sentido de não pertencer a uma pessoa em particular, ou seja, aquilo que não pode ser aplicado, especialmente, a pessoas determinadas; é uma característica genérica da coisa que não pertence à pessoa alguma, e é isso que a atividade da Administração Pública deve fazer: destinar-se a todos os administrados, à sociedade em geral, sem determinação ou discriminações que tenham conteúdo de um privilégio odioso, não fundamentado em valores constitucionais. (MADEIRA, 2014, p. 55).

Com a ideia referida anteriormente pelo autor, verifica-se que o princípio da impessoalidade não foi aderido pelos agentes estatais no momento de criar a Lei da Anistia, pois fica clara a intenção dos agentes em privilegiar os militares, bem como diz o autor anteriormente citado, houve um privilégio odioso por parte dos agentes estatais. Do mesmo modo, os autores Teixeira e Ribeiro (2017, p. 66) afirmam sobre o princípio referido acima:

É o princípio que garante a neutralidade nas decisões, nos processos e nos julgamentos cabíveis à administração do Governo.

Todas as ações devem estar focadas no interesse coletivo. Um exemplo da impessoalidade é o ingresso do trabalhador na carreira pública. Para ser um servidor da Administração Pública, é preciso ser concursado, ou seja, as contratações de trabalhadores na Administração ocorrem por provas de competência, conhecimento e experiência, e nunca por indicação.

Isto posto, mostra-se ainda que o Estado não agiu em favor da coletividade, mas sim de interesse próprio, como já dito em subtítulo anteriormente, e ainda, usou da indicação. Como usou indicação? Sim, usou e gozou da indicação, pois indicou os militares, que cometeram crimes de grandes portes na ditadura militar para serem anistiados pela Lei da Anistia, mesmo que atrás do texto sombrio da Lei.

Por conseguinte, houve o ferimento a outro princípio que rege a Constituição, o princípio da moralidade, pois os agentes não agiram de acordo com a ética que deveriam ter tido quando resolveram promulgar a referida Lei, não sendo honestos com o povo brasileiro, até porque omitiram a quem a Lei iria atingir. Assim sendo, os autores Teixeira e Ribeiro (2017, p. 68), entendem de que “esse princípio atua em conjunto com o princípio da legalidade. Moral é praticar ações conjuntas às Leis. Assim, é possível deduzir que atos de governos imorais são atos que foram executados à margem da Lei ou ilegais”.

Fica claro que os agentes estatais não se importaram em momento algum com os princípios, apenas com os seus próprios interesses. Uma pena terem visado apenas os interesses pessoais, pois se tivessem usado de todos os princípios, iriam visar a coletividade, que é o certo, até porque o governo é feito para isso, trabalhar para a coletividade, e não importa se estava no meio de uma ditadura, essa forma deveria ter sido mantida.

Nessa derradeira, a Lei da Anistia foi contra os princípios constitucionais, que deveriam ser respeitados em nossa sociedade. Desde sempre os princípios foram considerados a base para tomar qualquer decisão, sendo politicamente ou judicialmente. E assim

deveria ser sempre, mas na época da promulgação da Lei, os agentes estatais não se importaram muito com isso. Nesse sentido o autor Silva (1994, p. 19) disserta que “os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Dessa forma, quando os agentes do Estado resolveram colocar em pauta a promulgação da Lei da Anistia, deveriam ter pensando em elaborar uma Lei em consonância com os princípios que regem a Constituição Federal, pois são normas fundamentais para a realização de qualquer Lei.

Ao comentar a Lei da Anistia, não tem como não falar que os agentes estatais foram totalmente totalitários, ditatoriais, com o pensamento de que só importava os próprios interesses, nada mais. Então é verdade de que os princípios que foram deixados de lado para a realização da Lei nunca existiram na cabeça dos militares, pois apenas traçaram o objetivo de deixar a si próprios protegidos atrás da Lei da Anistia.

Por último, mas não menos importante, deve-se falar no princípio da imparcialidade. Como dito antecipadamente, o referido princípio é aplicado analogicamente no momento de estabelecer uma nova Lei, pois os servidores públicos devem agir de forma imparcial no momento de formar uma Lei, sem beneficiar ninguém ou também prejudicar, muito parecido com o princípio da impessoalidade antes citado.

A autora Ribeiro (1996, p. 309) salienta:

Imparcial será, portanto, a conduta objectiva, desinteressada, isenta, neutra e independente: imparcial será, enfim, a actuação de quem, na avaliação ou na acção, na escolha ou na decisão, se rege unicamente por critérios lógico-rationais, não se deixando influenciar por sentimentos estranhos ao circunstancialismo factual envolvente, qualquer que seja a sua origem, natureza ou relação com a questão controvertida [...] conduta verdadeiramente imparcial será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afectados pela próprio acção.

Nota-se que o dito princípio implica na problemática realizada pelos agentes estatais, no sentido que os seus interesses estavam interligados com a ação de realizar a Lei da Anistia para benefícios próprios, então agiram de forma parcial, não havendo a imparcialidade que deveriam ter tido. Nesta corrente, a Lei da Anistia não deveria ter a aplicabilidade aos crimes cometidos pelos agentes estatais, pois a mencionada Lei traz diversas contrariedades em relação a sua aplicação em relação aos militares, contrariando Princípios, Constituição Federal e até mesmo o seu próprio texto, onde os agentes do Estado deveriam ser punidos por realizarem uma Lei com abrangências a pessoas que não poderiam receber os seus efeitos.

4 Horizontes de projeção: da inaplicabilidade da Lei da Anistia frente aos crimes praticados pelos agentes estatais durante a ditadura

Partindo-se para um estudo comparado, faz-se necessário verificar como países que sofreram com períodos ditatoriais geriram os momentos de superação deste modo autoritário de governo. Durante o período de 1966 à 1973, a Revolução Argentina, como ficou conhecida, instituiu uma ditadura militar naquele país, também marcado por uma repressão violenta do Estado para com a população:

O procedimento repressivo mais comum, entretanto, era a captura de pessoas pelas forças policiais e militares, que, então, levavam os presos a um dos 365 centros de detenção secretos, onde eram interrogados e torturados, para depois desaparecerem sem explicação ou registro. Estima-se que entre vinte e trinta mil pessoas tenham sido mortas dessa maneira. (PEREIRA, 2010).

No Brasil, foi implementada a Comissão da Verdade apenas em 2011, enquanto na Argentina foi fundada a Comissão no

mesmo sentido, logo após o fim da Ditadura Militar, começando por aí as diferenças de um Governo que foi omissivo e de outro que foi eficiente já no início. Nesse mesmo sentido, Caroline Bauer, Doutora em História pela UFRGS, condiz: “Na Argentina, a Comissão da Verdade foi instituída poucos dias após o término da Ditadura, no Brasil, apenas em 2011, 26 anos após o término da ditadura”. (GEO-CONCEIÇÃO, 2012).

Então, com a instauração da Comissão da Verdade na Argentina, foi possível a investigação e julgamentos de militares repressivos, com o intuito de preservar a justiça, como também a memória das pessoas que perderam os seus entes queridos. No mesmo norte, a renomada Doutora citada anteriormente, enfatizou:

É fundada a Comisión Nacional sobre la Desaparición de las Personas – Conadep, uma comissão criada para investigar os casos de desaparecimento, suas circunstâncias, os envolvidos etc. Assim, na volta à democracia na Argentina, percebe-se uma ruptura com o passado ditatorial, garantindo-se os direitos à memória, à verdade e à justiça, e marcando novos parâmetros éticos e morais para o novo regime político. (GEO-CONCEIÇÃO, 2012).

Logo, com o exposto acima, após a volta da democratização na Argentina, foi automática a busca por respostas aos crimes realizados pelos militares argentinos, não os deixando passar em branco por anos como ocorreu no Brasil. Então, com o fim da Ditadura Militar na Argentina, no ano de 1983, posteriormente em 1985, Videla, ex-presidente da Argentina, e outros militares do Governo foram condenados a prisão. Assim, nessa percepção a Revista Veja da época mostra:

Em dezembro de 1985, Videla e os outros oito membros da Junta Militar foram julgados e condenados à prisão perpétua. A revista Veja abriu manchetes dizendo que “Las Locas tinham razão – julgados por um tribunal civil segundo normas que negaram aos desaparecidos, Videla, Massera e Viola são condenados como homicidas e ladrões”. (PASSOS E VIEIRA, 1985, p. 54).

Assim sendo, em dois anos do fim da Ditadura, os argentinos conseguiram punir nada menos que um ex-presidente do País, a uma prisão perpétua. Declarando assim, um Governo que tinha o intuito de reprimir todas as atitudes lamentáveis dos ditadores, muito diferente das atitudes do Governo brasileiro, que anistiou seus algozes.

Com as condenações como estas, logo promulgaram a Lei da Anistia na Argentina, onde no mesmo ano foi revogada. Mas foram realizadas duas novas Leis, a Lei do Ponto Final e a Lei da Obediência Devida, sendo que estas duas tratavam de Anistia. Mas logo após, foram consideradas nulas, pela Corte Suprema de Justiça da Nação, como fica demonstrado com o trecho a seguir:

Sonin admisibles las disposiciones de amnistia, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de exluentes de responsabilidade que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indero gables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (ARGENTINA, 2005).⁴

Assim sendo, na Argentina foi colocado um basta em relação à Anistia, pois ela foi colocada em pauta e promulgada, com o mesmo objetivo que ocorreu no Brasil, fazendo com que os militares fossem beneficiado pela legislação. Mas a lei que anistiava os militares logo foi revogada, para haver a ocorrência de julgamentos e condenações dos agentes estatais. Dessa maneira, com a revogação da Lei da Anistia e suas leis “auxiliares”, a Argentina deu início ao combate à impunidade no país. Então, no

⁴Admissível às disposições da anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis das violações graves de direitos humanos tais como a tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e as desapareções forçadas, todas elas proibidas por violar os direitos internacionalmente reconhecidos pelo Direito Internacional de Direitos Humanos.

ano de 2010, o mesmo ex-presidente, voltou ser condenado, por mais crimes, acompanhado de outros militares:

Enfim, em 2010, Videla e outros 28 militares voltaram a enfrentar o julgamento de uma corte. O ex-general foi novamente condenado à prisão perpétua, em 22 de dezembro, por 31 execuções de presos políticos (homicídios qualificados), 504 privações ilegais de liberdade, torturas, roubos agravados, falsidade ideológica de documentos públicos, usurpações, extorsões, roubo de menores, entre outros crimes contra a humanidade. A decisão foi comemorada pela população que assistiu ao julgamento do lado de fora do tribunal da cidade de Córdoba. (VIDELA, 2010, p. 16).

Como notado anteriormente, a condenação dos militares foi comemorada pela população argentina, mesmo que por um ato simbólico em relação à maioria dos militares, até porque estavam velhos, e provavelmente não ficariam por muito tempo na prisão. Mas não importa ato simbólico ou não, essa atitude foi comemorada como uma Copa do Mundo pelos cidadãos argentinos.

Nessa derradeira, anos depois o ex-presidente da Argentina, Videla, acabou falecendo na prisão onde estava cumprindo pena pelas tantas mortes e desaparecimentos das quais foi acusado, resultando em manifestações sociais a morte de um homem que marcou de forma tão nefasta a história da Argentina:

No dia 17 de maio de 2013, enfim, Videla morreu na prisão militar. Foi encontrado sem vida sentado no vaso sanitário, para júbilo de muitos argentinos, entre as quais está a presidente da organização Abuelas de la Plaza de Mayo : “Há homens bons e maus. Esse era um homem mau. Fico um pouco mais tranqüila por saber que um ser desprezível deixou este mundo” – declarou Estela de Carlotto. (VALENTE, 2013, p. 16).

Pelo que se verifica, a morte do ex-presidente foi muito comemorada pelos argentinos, pois a maioria o achava uma pessoa que agiu contra os princípios humanos, não se importando o

quanto fez mal para a sociedade argentina da época. Fica evidente a satisfação do povo argentino com a condenação e após, a morte na prisão do ex-presidente. Deixando clara a discrepância existente entre o tratamento brasileiro e Argentino atribuído aos meios de gestão do problema das ditaduras:

Mais de 600 militares argentinos já foram processados, condenados e agora cumprem pena pelos crimes da ditadura. No Brasil, apesar dos 21 anos de arbítrio, nenhum militar foi para a cadeia. Os cinco presidentes militares acantonados no Palácio do Planalto a partir de 1964 — Castelo Branco, Costa e Silva, Médici, Geisel e Figueiredo — morreram impunes, embora todos tenham sido responsabilizados pelos crimes da ditadura no contundente relatório final de 2014 da Comissão Nacional da Verdade, indiciados como comandantes supremos dos 377 agentes do Estado apontados como autores de crimes de lesa-humanidade na ditadura brasileira. (CUNHA, 2016).

Resta claro, portanto, que, de um lado, um Governo lento em relação às punições que os militares deveriam sofrer, protegendo-os por trás da Lei da Anistia, de outro, um Governo eficiente, que fez de tudo para o julgamento e o cumprimento de penas pelos militares acusados de terem causados tantos sofrimentos à sociedade argentina.

Por fim, cabe analisar a relação entre soberania nacional e o direito internacional, a fim de verificar a aplicabilidade das normas estrangeiras e tratados internacionais. O Brasil por ser um Estado Soberano, optou durante o Regime Militar a estabelecer a referida Lei da Anistia, pois não recebe de regra, ingerência externa na forma de se organizar, bem como de realizar as suas Leis, ou qualquer outro assunto internamente falando. Nessa definição, Deocleciano Torrieri Guimarães entende:

Soberania é um dos elementos formais do Estado no conjunto de seus poderes institucionais, pelos quais exerce autoridade absoluta sobre qualquer outro poder, no âmbito interno, e situa-se no mesmo plano de poder de outros Estados. Logo, “soberania

interna” é o império que o Estado exerce, coercitivamente, sobre o seu território e sua população. (GUIMARÃES, 1999, p. 503).

Apesar de o Brasil ter uma Soberania, em administrar internamente bem como entender, a atitude de promulgar a Lei da Anistia, favorecendo os militares da época da Ditadura, causa muito conflito internacional, pois o Brasil é signatário de alguns Pactos/Convenções Internacionais, como o São José de Costa Rica (Convenção Americana)⁵. No Pacto São José de Costa Rica menciona claramente em seu artigo 5^{o6}, de que nenhuma pessoa deve ser submetida a torturas, muito menos a penas ou tratos cruéis, sendo desumanos, e obviamente recebendo um tratamento com a mínima dignidade do ser humano.

Tendo em vista o artigo mencionado, o Brasil por ser signatário do Pacto, deveria no mínimo rever a aplicabilidade da Lei da Anistia aos militares, pois os mesmos cometeram a tortura por todo o período do Regime Militar, e ainda com penas cruéis, como a morte, sem nem ter contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, um país que se submete a um Pacto, convenção, tratado internacional, ele não deixa de ser Soberano, até porque é signatário sem ninguém obrigá-lo a ser, então se desobedecer, pode sofrer sanções em decorrência do Direito Internacional em que se submeteu. Assim sendo, o autor Ferreira Filho usando a Liga das Nações e a ONU como exemplo, compreende:

Liga das Nações (idealizada em janeiro de 1919, em Versalhes, Paris), depois, da Organização das Nações Unidas - ONU, [...] os Estados que a esta se vinculam não abandonam a sua soberania. Isto é bem claro quando se considera que podem dela retirar-se, a qualquer tempo, para não cumprir as suas determinações. Estas, portanto, não

5Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém (BRASIL, 1992).

6Art. 5º 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (CIDH, 1969).

se impõem aos Estados como vontade de um poder a eles superior. A sua eficácia está condicionada ao assentimento dos próprios Estados aos quais se dirigem. (FERREIRA FILHO, 1994, p. 41).

Dessa maneira, todo Estado que se submete a uma Convenção Internacional, como a Americana, deveria de regra, arcar com o que está previsto no pacto firmado, agindo conforme a Convenção, não deixando de ser um Estado Soberano, mas apenas estar dentro do que pactuou. Então, apesar de o Brasil ter sido signatário do Pacto São José da Costa Rica, somente após os acontecimentos na Ditadura Militar, bem como da promulgação da Lei da Anistia, a responsabilidade brasileira em investigar e julgar os crimes cometidos na Ditadura retroage para os fatos anteriores, pois as ocorrências não deixam de serem permanentes, até porque as famílias das vítimas esperam até hoje por esclarecimentos, em virtude da memória de seus familiares mortos. Nesse sentido:

A Corte⁷ não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado, que possa implicar em responsabilidade internacional, forem anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal. 67. Contudo, quando se tratar de uma violação contínua ou permanente, iniciada antes do reconhecimento pelo Estado demandado da competência contenciosa da Corte e que persista mesmo depois desse reconhecimento, o Tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas posteriormente ao reconhecimento da competência e dos efeitos das violações. (CIDH, 2004).

À vista disso, com a ocorrência da violação dos Direitos Humanos no Brasil, o país está à mercê do que a Comissão⁸ ou a Corte impõe, até porque é signatário da Convenção

⁷Ela é um dos três Tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. (CNJ, 2018).

⁸A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria. (CONSTANTINO, 2014).

Interamericana, não colocando em risco a Soberania, mas apenas cumprindo o que pactuou. Durante o Regime Militar no Brasil, havia os guerrilheiros (membros do Partido Comunista e camponeses), que eram totalmente contra o regime dos militares, como dito em capítulo anterior. Sendo que muitos deles foram mortos ou simplesmente desapareceram. Dessa maneira, foi apresentada uma demanda a Comissão Interamericana:

A demanda se refere à alegada responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964-1985). (MIGALHAS, 2011).

Com isso, a Comissão recebeu a demanda, para realizar a investigação dos casos ocorridos na Guerrilha do Araguaia, com objetivo iniciar a busca por justiça de milhares de pessoas. Assim sendo, a Comissão após a investigação no território de qualquer país em decorrência do desacato às normas da Convenção Americana, sendo que no presente caso, ocorreu à violação dos Direitos Humanos, dá-se a chance do país realizar medidas para tomar providências, (julgar ou condenar se for o caso) em relação aos indivíduos que cometeram tais crimes. Mas se o país não cumprir, haverá a denúncia para a Corte. Nesse norte:

A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram

indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. (MIGALHAS, 2011).

Assim, a demanda tratando da violação dos direitos humanos foi enviada para a Corte Interamericana, a fim de ser julgado pela Corte pelos desaparecimentos e execuções durante o Regime Militar. Dessa forma, sobreveio a condenação para o Estado brasileiro, na qual a demanda referiu-se a responsabilidade do Brasil pelas prisões sem justo motivo, torturas e desaparecimentos de militantes do PC do B e camponeses, na Guerrilha do Araguaia, sendo resultado de atuações dos militares, realizadas entre 1972 e 1975, com o propósito de aniquilar os integrantes da Guerrilha. (PINTO, 2012).

A sentença também traduziu de que a Lei da Anistia impediu as investigações adequadas, bem como as sanções que deveriam ter pelas graves violações de Direitos Humanos, se tornando incompatível com a Convenção Americana, não podendo ser um obstáculo para a identificação e punição dos responsáveis, como também não ser um empecilho para outras graves violações de Direitos Humanos. (PINTO, 2012).

Assim sendo, o Brasil foi condenado pela Corte, onde a condenação enfatizou de que a Lei da Anistia é um empecilho para o julgamento das graves violações dos Direitos Humanos, não podendo nem mesmo identificar as pessoas que cometeram tais crimes. E de que a referida Lei não poderia sobrepor a outros casos da violação de Direitos Humanos, deixando bem claro que a Lei é totalmente incompatível com a Convenção Internacional em que o Brasil faz parte.

Ainda, a sentença deixa claro de que o Brasil não adequou o Direito interno com Direito internacional da Convenção Americana, sendo que deveria ter feito isto. Pois como dito

anteriormente, mesmo o Brasil sendo um Estado Soberano, deve obedecer aos pactos internacionais em que é signatário. Assim sendo, a corte impôs algumas medidas a serem feitas pelo Estado brasileiro, uma delas era de que o Estado deveria realizar perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos durante a Ditadura, aplicando as sanções e consequências, identificando os criminosos, e se for possível, entregar os restos mortais das vítimas aos seus familiares, e ainda se houver vítimas sobreviventes, estas devem receber tratamentos médicos e psicológico ou até mesmo psiquiátrico. (PINTO, 2012).

Consequentemente, o Estado brasileiro deveria ter obedecido todas as medidas impostas pela Corte Interamericana, desde a condenação dos culpados, bem como os merecidos esclarecimentos aos familiares das vítimas. Mas ao contrário a isso, o Estado quase não agiu, por causa da Lei da Anistia acompanhado de a impunidade que a mencionada Lei traz junto com ela. Assim sendo a diretora executiva do CEJIL⁹, Viviane Krsticevic relata que o Estado brasileiro não realizou as medidas adequadamente em virtude da Lei Anistia, também mencionou que há falta de investigação pelas autoridades brasileiras, como também a falta de interesse. (MELÉNDEZ, 2014).

Ainda, a Ordem dos Advogados do Brasil, arguiu através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-153), ao Supremo Tribunal Federal, sobre a inconstitucionalidade da Lei da Anistia, principalmente do seu §1º¹⁰. Dessa forma, requisitou na demanda apresentada ao STF:

9O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) é uma organização não-governamental, criada em 1991 como um consórcio de organizações de direitos humanos da América Latina e do Caribe, cujo objetivo principal é alcançar a plena implementação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno dos estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). (DHNET, 2018).

10§ 1º -Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, 1979).

[...] interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar. (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2008, p. 29).

Assim sendo, como arguido na presente monografia, a OAB solicitou no mesmo sentido de que a Lei da Anistia não abrangeria aos militares que cometeram crimes comuns às mesmas pessoas que foram beneficiadas também com a Lei. Dessa maneira, a demanda apresentada pela OAB foi julgada improcedente pelo STF, com o fundamento de um dos votos dos relatores de que a referida Lei deve ser entendida como ela foi desejada na época da Ditadura Militar, “ampla, geral e irrestrita”.

Em seu voto, Eros Grau defendeu a abrangência da Lei de Anistia nos termos em que foi concebida, no momento político de transição do regime para o democrático em que foi promulgada. Ou seja: anistia ampla, geral e irrestrita, conforme preconizada pelos muitos movimentos que lutaram pela anistia, envolvendo a própria OAB, entre muitas organizações políticas, sociais, religiosas, de trabalhadores, etc. (STF, 2010).

Ademais, o Estado brasileiro somente condenou o primeiro militar acusado de prática de crimes durante a Ditadura Militar brasileira no ano de 2012. O ex-general “Ustra”, foi condenado em primeira instância, em decorrência das práticas de torturas durante o comando militar no Brasil. Nesse norte:

Ustra foi o primeiro militar brasileiro a responder por um processo de tortura durante a ditadura (1964-1985). Na ação, os ex-presos políticos César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles, Janaína de Almeida Teles, Edson Luis de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida acusavam o coronel de exercitar violência e crueldade contra prisioneiros ao longo da década de 70. (MORAIS, 2015).

Assim, o Brasil somente foi atrás de investigações e condenou um militar no ano de 2012, sendo muito tardio para tantos os crimes a serem averiguados. “Ustra” foi o primeiro a ser considerado culpado pelo Estado brasileiro, e morreu antes mesmo do processo transitar em julgado.

Ustra morreu sem ser condenado nas acusações de crimes da ditadura brasileira do regime militar. O coronel somava seis denúncias pelo Ministério Público Federal (MPF) por mortes e torturas cometidas quando comandou o principal centro de repressão do regime, o DOI-Codi, em São Paulo, entre 1970 e 1974. (FAERMANN, 2015).

Apesar do “Ustra” morrer sem ser condenado, foi uma amostragem em que o Estado brasileiro deveria seguir de exemplo, e ir atrás para futuras condenações de militares. O Brasil tem que chegar ao consenso de que deve seguir as normas internacionais em que é signatário, onde a Lei da Anistia é incompatível com estas normas, fazendo isso, não está colocando de lado a Soberania que tem, mas apenas agindo de acordo com o entendimento internacional em que é signatário.

Dessa maneira, não importa se os militares da época da ditadura estão mortos ou estão velhos e não poderiam ficar muito tempo atrás das grades, o Estado brasileiro deve buscar a reparação às vítimas como também aos familiares delas. Toda pessoa merece direito a esclarecimentos, memória e justiça que é o mais importante.

Em visto disso, não se pode arguir prescrição aos crimes praticados pelos agentes estatais, pois são crimes gravíssimos, portanto não prescrevem, podendo ser julgado a qualquer tempo, cabendo uma narrativa sobre a prescrição penal em Direito Internacional:

A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e geralmente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e punir seus autores. Esta é uma garantia que deve ser devidamente observada

pelo julgador para todo imputado por um delito. Sem prejuízo do anterior, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se tratar de violações muito graves aos direitos humanos nos termos do Direito Internacional. (CIDH, 2007).

Dessa maneira, para finalizar, ficou claro de que mesmo Brasil sendo um Estado Soberano deve aplicar o Direito Internacional, tendo ainda a condenação da Corte sobre o país, devendo seguir as medidas e indagar modos para chegar até os culpados pelos tantos crimes durante a Ditadura. Não há em se falar na Lei da Anistia neste caso, tem de se em espelhar-se no país vizinho aqui citado anteriormente, agindo em prol das vítimas.

A Lei da Anistia jamais deveria esconder por trás dela crimes tão graves, como violação aos Direitos Humanos, destacando as torturas realizadas constantemente pelos militares durante toda a Ditadura Militar. Sendo assim, é uma crueldade com as vítimas e os familiares deixar uma Lei prevalecer sobre direitos básicos do ser humano.

5 Conclusão

O presente artigo proporcionou a compreensão dos efeitos da Lei da Anistia que foi promulgada em 1979, onde sua proposta era de beneficiar os políticos e civis que sofreram com os atos institucionais instituídos pelos militares, anistiando indivíduos que eram acusados de cometer crimes políticos, libertando-os da prisão.

A partir dessas interpretações, é visto que por trás dos discursos que fundamentaram a referida Lei, havia a intenção dos militares de beneficiarem a si mesmos, abrangendo os efeitos da Lei da Anistia aos dois lados da moeda (tanto as pessoas que sofreram com os atos institucionais, como aos militares que instituíram os atos e aplicaram-no da pior forma possível, com graves violações de Direitos Humanos).

Nesse sentido, torna-se claro que a Lei da Anistia foi totalmente controversa, pois beneficiou as mesmas pessoas que

cometeram torturas, desaparecimentos e mortes, indo totalmente contra os fundamentos da referida Lei, pois serviu para beneficiar as pessoas que eram acusadas de crimes políticos, as mesmas que foram afetadas pelos atos institucionais, mas não os militares que cometeram crimes “comuns”.

Por analogia, a pesquisa partiu para a compreensão da Ditadura Militar na Argentina, ficando evidente que o país vizinho agiu de forma muito diferente do Governo brasileiro, pois condenou muitos militares que cometeram os mesmos crimes que os militares brasileiros.

Da mesma forma, foi possível analisar a Soberania do Estado brasileiro, promulgando a Lei da Anistia, em frente ao Direito Internacional (Convenção Americana), em que é signatário, demonstrando que apesar de o Brasil ser um Estado Soberano, deveria seguir o que pactuou internacionalmente, aderindo às decisões internacionais que tratam das violações de Direitos Humanos, muito no que diz respeito à condenação em que o Brasil sofreu pela Corte Interamericana em 2010, sendo que até hoje o Estado brasileiro não realizou todas as medidas situadas pela sentença da Corte.

Ademais, até certo ponto é possível entender a implementação da Lei da Anistia, pois ela foi promulgada pelos militares, que advogavam por seus próprios interesses, mas não é possível compreender como até o presente momento a Lei não foi alterada ou até mesmo revogada após a volta da democratização no Brasil, até porque o referido diploma legislativo vai contra Constituição Federal de 1988, os princípios que a fundamentam, e ao Direito Internacional.

Dessa maneira, a aplicabilidade da Lei em favor dos militares deveria há muito tempo ter sido revista, desde a volta da democracia ao País, como ocorreu na Argentina, que após dois anos de liberdade da Ditadura Militar, condenou nada mais nada menos do que seu ex-presidente militar por prática de tortura, entre outros crimes.

Através da pesquisa, fica evidente que o Governo brasileiro permanece à mercê da Lei da Anistia, sendo um empecilho para a investigação de qualquer fato que ocorreu na Ditadura Militar. Outrossim, o Estado brasileiro deveria acatar a decisão da Corte Internacional e realizar as medidas que a Corte mencionou.

Outra forma de solução seria uma ação de reconhecimento de inconstitucionalidade do referido diploma legal, como a que foi apresentada ao STF (ADPF-153, sendo rejeitada), onde ela poderia ser alterada ou até mesmo revogada, fazendo com que a Lei permitisse a investigação, o processo e as necessárias condenações pelos crimes cometidos durante o Regime Militar.

Nesse sentido, os familiares das vítimas do Regime Militar pedem por direito à memória que está previsto na CF/88, tendo o direito de descobrir o que aconteceu com seus entes queridos. Além disso, ainda que as condenações oriundas dos crimes cometidos por militares durante o período ditatorial venham a ter efeito meramente simbólico, faz-se necessário destacar que isso é parte de um movimento de superação de um momento histórico que o tempo exige que jamais se repita.

6 Referências

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.
- ARGENTINA. **Comisión Nacional Sobre La Desaparición De Personas**. Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. 7.ed. Buenos Aires: Eudeba, 2005.
- BICUDO, H. **Anistia desvirtuada**. Revista IBCCrim, São Paulo, n. 53, p. 88-141, 2005.
- BOTTINI, P.; TAMASAUSKAS, I. **Lei da Anistia**: um debate imprescindível. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.77, p. 102-127, abr. 2009.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Brasília, DF, ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 - DF.** Argüente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Argüido: Presidente da República. Relator: Eros Grau, 21 de abril de 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>

CIDH. **Convenção americana de direitos humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america_na.htm> Acesso em: 23 abr. 2018.

CNJ. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil** . Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de março de 2009, item I.5. Disponível em: <<http://www.cidh.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026maro9%20PORT.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

COMPARATO, F. K. **A balança e a espada.** Notícia em: 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/21>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

CONSTANTINO, G. L. P. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** breves linhas sobre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Notícia em: 20 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-interamericano-de-direitos-humanos-breves-linhas-sobre-a-comissao-e-a-corte-interamericana-de-direitos,51581.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador**. Sentença de 23 de novembro de 2004, série C, n. 118, parágrafos 66-67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador**. Sentença de 22 de novembro de 2007, série C, n. 171, parágrafo 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CUNHA, L. C. **Brasil e Argentina, duas atitudes totalmente diferentes**. Notícia em: 10 jun. 2016. Disponível em: <<http://observatoriadaimprensa.com.br/interesse-publico/brasil-e-argentina-duas-aticudes-totalmente-diferentes/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

FAERMANN, P. **Sem condenação, morre torturador da ditadura brasileira Carlos Brilhante Ustra**. Notícia em: 15 out. 2015. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/sem-condenacao-morre-o-torturador-da-ditadura-brasileira-carlos-brilhante-ustra>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**: de acordo com a Constituição Federal de 1988. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIGUEIREDO, L. **Ministério do Silêncio**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GABRECHT, A.; PEREIRA, V. P., OLIVEIRA, U. J. de. **Ditaduras não são eternas: memórias da resistência ao golpe de 1964, no Espírito Santo**. Vitória: Flor&Cultura: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, 2005.

GEOCONCEIÇÃO. **Ditadura militar**: no Brasil e na Argentina. Notícia em: 17 out. 2012. Disponível em: <<http://geoconceicao.blogspot.com.br/2012/10/ditadura-militar-no-brasil-e-na.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

GUERREIRO, M. A. **Afinal de contas, o que é um crime político?** Notícia em: 22 jan. 2011. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/artigos/ptafinal-de-contas-um-crime-politico/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GUIMARÃES, D. T. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1999.

MADEIRA, J. M. P. **Administração Pública**. Rio de Janeiro: Felipe Bastos, 2014.

MELÉNDEZ, J. **O Brasil é acusado de descumprir uma decisão judicial contra a ditadura militar**. Notícia em: 22 mai. 2014. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/22/internacional/140076689_9_687225.html>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MELITO, L. **Lei da Anistia completa 35 anos**. Ano: 2014. Notícia em: 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/08/lei-de-anistia-completa-35-anos>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MIGALHAS. **Sdh divulga sentença da oea sobre casos de desaparecimentos na guerrilha do araguaia**. Notícia em: 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI135661,11049-SDH+divulga+sentenca+da+OEA+sobre+casos+de+desaparecimentos+na>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MORAIS, R. **Morre Brilhante Ustra, ex- chefe do DOI-CODi durante a ditadura**. Notícia em: 15 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/10/morre-brilhante-ustra-ex-chefe-de-orgao-de-repressao-na-ditadura.html>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

PASSOS, J. M.; VIEIRA, V. **A noite dos generais**. Revista Veja, São Paulo: Abril, p. 54-59, dez. 1985.

PEREIRA, A. W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PINTO, M. J. **A condenação do Brasil no caso da Guerrilha do Araguaia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Notícia em: mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21291/a-condenacao-do-brasil-no-caso-da-guerrilha-do-araguaia-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

RIBEIRO, M. T. de M. **O princípio da imparcialidade da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

SALATIEL, R. J. **Anistia - 30 anos: A Lei que marcou o fim da Ditadura**. Ano: 26 ago. 2009. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/anistia---30-anos-a-lei-que-marcou-o-fim-da-ditadura.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SILVA, DE P. e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, R. B. D. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relator vota contra ADPF que questiona Lei da Anistia (consolidada)**. Notícia em: 28 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125399>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

TEIXEIRA, J. M. B.; RIBEIRO, M.T. F. **Gestão de pessoas na Administração Pública**: teorias e conceitos. Curitiba: Intersaberes, 2017.

VALENTE, G. F. **Videla nunca mais**. Correio Braziliense, Brasília, pág. 16, maio 2013.

VIDELA, J. R. **Manifestación ante los Jueces**. Disponível em: <<http://www.periodismodeverdad.com.ar/documentos/manifestacion.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

A inclusão das pessoas com deficiência e as alterações no regime da capacidade civil: avanço ou retrocesso?

Luiza Amende de Souza Leal¹

Introdução

Atendendo os termos da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada pelo Brasil em 2009, o legislador pátrio editou a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (n. 13.146/2015) que, nos termos do seu artigo 1º, tem o intuito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Para atingir os objetivos previstos no seu artigo 1º, a lei trouxe importantes alterações à legislação brasileira, modificando e revogando diversos dispositivos do Código Civil, dentre as quais estão a alteração do regime das incapacidades, a criação do instituto da tomada de decisão apoiada e a curatela.

No entanto, sempre que se inova o sistema jurídico é comum o dissenso quanto aos seus termos e disposições, e no caso da Lei da Pessoa com Deficiência não foi diferente. Enquanto uns doutrinadores aplaudem as mudanças, sustentando que o reconhecimento da autonomia da pessoa é indispensável à

¹ luamendeleal@gmail.com

consagração da dignidade da pessoa humana, outros afirmam ser um retrocesso legislativo, diante da retirada da proteção antes garantida aos vulneráveis.

Assim, no presente trabalho pretende-se analisar ambos os vieses de entendimento, para ao final, ponderando os argumentos de um lado e de outro, encontrar uma proposição que permita aferir se o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe mais benefícios ou malefícios às pessoas com deficiência.

1 Da capacidade civil

A doutrina reconhece a existência de duas capacidades, quais sejam, a capacidade de direito, jurídica ou de gozo, e a capacidade de agir, de exercício ou de fato, sendo a última passível de limitação, consoante disposição na lei civil pátria.

A capacidade de direito/jurídica, inerente a todas as pessoas indistintamente, é a aptidão para ser sujeito de direito. Essa é adquirida pela pessoa natural no instante do seu nascimento com vida, independentemente do cumprimento de quaisquer requisitos (RIBEIRO, 2015, p. 110).

O Código Civil, em seu art. 1º, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Trata-se da capacidade de direito que compreende indistintamente todos os serem humanos, sem discriminação de idade, sexo, cor, raça, estado de saúde e nacionalidade (MONTEIRO; PINTO, 2015, p. 78).

Assim, para ser titular de direitos e deveres, e, conseqüentemente, ter capacidade de direito, basta o nascimento com vida da pessoa física, não havendo, pois, restrições a essa capacidade quanto às condições pessoais de cada um. Uma vez atendido o requisito objetivo do nascimento com vida, o sujeito adquire essa forma de capacidade.

A capacidade de agir, por sua vez, é a possibilidade de exercer, por si só, os atos da vida civil e guarda relação com as condições físicas e psíquicas do sujeito. Essa capacidade

caracteriza-se pela aptidão que o ordenamento jurídico reconhece aos indivíduos para que, “diretamente, e não por intermédio de representante legal ou com a participação de assistente (pais, tutores ou curadores), exerçam os direitos e pratiquem, validamente, os atos da vida civil que lhes cabem” (apud REQUIÃO, 2016, p. 55-56).

Ao contrário da capacidade de direito/jurídica, a capacidade de agir não é inerente a todos os seres humanos, assim como não é adquirida automaticamente apenas com o nascimento com vida. Dessa forma, nem todas as pessoas possuem tal capacidade, sendo necessário para tanto o preenchimento de alguns requisitos, como atingir a maioridade civil.

Verifica-se que a capacidade de agir está condicionada à presença de determinadas condições físicas e de saúde do indivíduo, ou seja, ao seu estado individual. Ausentes essas condições, a capacidade de agir sofre restrições ou ela lhe é negada. Requião resume a questão ao afirmar que “àquele sujeito que falta experiência e entendimento do mundo, seja por questões relacionadas ao amadurecimento concedido pela idade ou por alguns problemas de saúde de diversas naturezas que afetem seu discernimento, não é concedida a capacidade de agir” (2016, p. 58).

Conclui-se, pois, que ao mesmo tempo em que todas as pessoas nascem capazes para serem sujeitos de direito (capacidade civil/de direito/jurídica), também nascem incapazes para exercerem, por si só, esses direitos (capacidade de agir).

Importante consignar, no entanto, que, para Monteiro e Pinto, o fato de a pessoa ser portadora de incapacidade de exercício/agir não retira de forma alguma a sua capacidade de gozo, na medida em que a incapacidade de exercício/agir pode ser suprida pela representação, de forma que o incapaz continue exercendo os seus direitos por meio de representantes legais (2015, p. 84).

Rizzardo também afirma que a incapacidade de exercício “diz respeito não ao grau de plenitude em usufruir direitos, e até mesmo em contrair obrigações, mas em realizar atos permitidos

na ordem jurídica, dos quais decorrem direitos e obrigações”. Complementa sustentando que, se a pessoa está totalmente impossibilitada de praticar os atos da vida civil, aqueles que ela eventualmente praticar serão eivados de nulidade absoluta, mas, se for relativamente incapaz, eventuais atos que praticar sem a assistência de seu representante legal serão reputados como relativamente nulos (2005, p. 196).

Dessa forma, somente aquele que possui capacidade de direito e de exercício é que terá capacidade civil plena, enquanto quem detém apenas a capacidade de direito tem a capacidade limitada e, por isso, necessita de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade, sob pena de nulidade absoluta ou relativa (GONÇALVES, 2017, p. 96).

Nesses casos em que o indivíduo não possui a capacidade civil plena, em razão da ausência da capacidade de exercício/agir, diz-se que ele é incapaz absoluta ou relativamente para realizar determinados atos da vida da vida civil.

A Organização das Nações Unidas promulgou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) com o objetivo de assegurar às pessoas com deficiência proteção especial, bem como a sua participação efetiva na sociedade. Para atingir esse objetivo, propõe o seu texto que os Estados signatários abrandem as barreiras sociais e institucionais que agravam as limitações naturais desses indivíduos, mormente, as legislativas, como, por exemplo, o regime das incapacidades e de alguns aspectos da curatela (MENEZES, 2015, p. 04).

No Brasil, antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), o artigo 3º do Código Civil² incluía no rol das pessoas absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos; aqueles que por enfermidade ou deficiência mental,

² Artigo 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

não possuísem o necessário discernimento à prática dos atos; e, ainda, os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir a sua vontade (BRASIL, 2002).

Já o artigo 4º do Código Civil³ disciplinava serem relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de exercê-los: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o seu discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e, por fim, os pródigos (BRASIL, 2002).

Registre-se que tanto no Código Civil de 1916, quanto no Código Civil de 2002, o simples fato de uma pessoa possuir algum tipo de deficiência mental já implicava seu tratamento como incapaz, de modo absoluto ou relativo (OLIVEIRA FILHO; SILVA, 2016, p. 15).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada pelo Brasil em 2008, no entanto, introduziu uma nova perspectiva no que diz respeito ao tratamento da pessoa com deficiência e sua relação com a teoria das incapacidades. No art. 12, prevê que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal para diversos aspectos da vida e, em respeito a essa capacidade, dispõe que “os mecanismos do direito protetivo devem se consubstanciar em apoios e não na substituição da vontade” (MENEZES, 2015, p. 04).

Assim, de acordo com a CDPD, as pessoas com deficiência devem ser protegidas em razão de sua deficiência; essa proteção, entretanto, deve ocorrer mediante a adoção de medidas que lhes deem apoio, e não com a substituição da sua vontade e consequente limitação da sua autonomia.

³ Artigo 4º – São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

No Brasil, a Lei n. 13.146/2015, elaborada nos termos da CDPD, veio de encontro ao que disciplinava o Código Civil, pois passou a considerar a pessoa com deficiência civilmente capaz, dispondo, em seus artigos 6^o4 e 84⁵, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (STOLZE, 2016, p. 2).

O art. 2^o do Estatuto considerou que a pessoa com deficiência é aquela que possui “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, introduzindo, portanto, uma nova perspectiva de inclusão social dessas pessoas, alinhada à CDPD.

Trata-se, assim, de uma grande mudança para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que enquanto o ordenamento jurídico anterior previa que todos os portadores de transtorno mental eram automaticamente incapazes, com a chegada do Estatuto passaram a ser considerados plenamente capazes para realizarem os atos da vida civil – sem substituição da vontade, portanto.

De acordo com a nova lei, o fato de um indivíduo possuir transtorno mental de qualquer natureza não faz com que ele se insira no rol dos incapazes. Para Requião, esse é um passo

⁴Art. 6^o - A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; eVI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

⁵Art. 84 - A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1^o Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2^o É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3^o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4^o Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

importante na busca pela promoção da igualdade dos sujeitos portadores de transtorno mental, haja vista que desassocia esse transtorno de uma necessária incapacidade (2016, p. 6).

Assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os dispositivos do Código Civil, fazendo constar na nova redação do artigo 3º que apenas são consideradas absolutamente incapazes as pessoas menores de dezesseis anos. Quanto ao artigo 4º, continuam sendo relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito; os pródigos; os ébrios e toxicômanos; no entanto, a lei acrescenta no rol aqueles que não puderem exprimir a sua vontade (RIBEIRO, 2015, p. 112).

O deficiente mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo foram, portanto, excluídos do artigo 4º, enquanto foram incluídos no rol aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade. Esse último grupo era tratado anteriormente como absolutamente incapaz, passando agora ao tratamento de relativamente incapazes, necessitando apenas de assistência para a prática dos atos da vida civil (PASQUAL; PASQUAL, 2016, p. 06).

Nesse ponto, Stolze não concorda com a inclusão das pessoas sujeitas a uma causa temporária ou permanente, impeditiva da manifestação da vontade, como ocorre durante o estado de coma, no rol de relativamente incapazes, uma vez que, nesse caso, segundo o autor, se não eles podem exprimir nenhuma vontade, a incapacidade não poderia ser considerada apenas relativa (2016, p. 4).

Nota-se, pois, que com o novo ordenamento jurídico brasileiro, a incapacidade absoluta passa a ter como único critério o etário, deixando de existir fundamento legal para que qualquer deficiência acarrete incapacidade absoluta (SIGNORI et al., 2016, p. 02).

As hipóteses de incapacidade absoluta por falta de discernimento para a prática de atos, em razão de enfermidade ou deficiência mental e de incapacidade relativa, aos que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido e aos

excepcionais sem desenvolvimento mental completo, foram revogadas do Código Civil (RIBEIRO, 2015, p. 112).

Dessa forma, toda a pessoa submetida a uma eventual curatela passa a ser considerada relativamente incapaz. Em nenhuma hipótese, com exceção do critério cronológico, um sujeito que já atingiu dezoito anos poderá ser classificado como absolutamente incapaz, razão pela qual não se falará em representação por parte do seu curador, mas apenas em assistência para os atos da vida civil (HERMANNY FILHO, 2016, p. 196).

A grande consequência da alteração legislativa, portanto, é que as pessoas com deficiência passaram a ser consideradas plenamente capazes para exercerem os atos da vida civil, não havendo mais a presunção de incapacidade que se verificava antes da sua vigência. Importante ressaltar, contudo, que isso não impede eventual reconhecimento da incapacidade relativa de tais pessoas quando não puderem exprimir a sua vontade (GONÇALVES, 2017, p. 112).

Assim, em que pese inexistir uma presunção de incapacidade, possível é o seu reconhecimento nas mesmas circunstâncias em que pode ser reconhecida em relação às demais pessoas que não possuam deficiência mental. A regra é uniforme e não faz distinção entre incapacidade das pessoas com deficiência e as demais.

Foi justamente em razão de o Estatuto reconhecer a possibilidade de existirem pessoas com deficiência intelectual que não possuem as mínimas habilidades para agirem por conta própria, que criou o mecanismo da Tomada de Decisão Apoiada e manteve instituto da curatela em casos excepcionais (RIBEIRO, 2015, p. 113-114).

Na perspectiva de Stolze, o Estatuto procurou fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada portadora de plena capacidade legal, de forma a homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, mesmo que haja a necessidade de eventual assistência por meio da Tomada de Decisão Apoiada e, excepcionalmente da

curatela para a prática de atos na vida civil, parte-se da presunção de capacidade (2016, p. 4).

A questão, contudo, ainda não se apresenta uniforme na doutrina. De um lado, forma-se a posição de que a modificação legislativa não está correta, uma vez que a dignidade das pessoas com deficiência deveria ser tutelada por meio da proteção de vulneráveis. São adeptos dessa posição José Fernando Simão e Vitor Kumpel. De outro lado, outra corrente doutrinária, liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueiredo Alves, Rodrigo Cunha Pereira e Pablo Stolze, dentre outros, se mostra a favor da inovação legislativa, com fundamento na tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão (TARTUCE, 2015, p. 1).

Em decorrência dessa nova visão da pessoa com deficiência e seu tratamento legislativo pátrio, partindo-se da sua capacidade para, então, só depois, se constatada sua incapacidade, ser definida eventual limitação, levando em conta a extensão dessa incapacidade, importa analisar os institutos da Tomada de Decisão Apoiada e da curatela.

2 Da tomada de decisão apoiada

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante do novo paradigma estabelecido, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um novo instituto de apoio às pessoas com deficiência, qual seja, a tomada de decisão apoiada, inserida e disciplinada no artigo 1.783-A e em seus onze parágrafos do Código Civil.

Esse novo instrumento teve inspiração na legislação italiana que, por meio da Lei n. 6/2004, introduziu no Código Civil daquele país a figura do *amministratore di sostegno*, ou seja, do administrador de apoio. A tomada de decisão apoiada concretizará o disposto art. 12.3 do Decreto 6.949/09 que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, segundo o qual: “Os Estados Partes tomarão medidas

apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal” (ROSENVALD, 2015, p. 1).

Da assertiva do autor, depreende-se que, em atenção à Convenção Internacional, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada surge como uma opção de apoio/auxílio à pessoa com deficiência no exercício da sua capacidade legal, sem que seja substituída a sua vontade, ou seja, sem adentrar na questão da sua capacidade.

A Tomada de Decisão Apoiada, nos termos da lei, é um procedimento judicial de jurisdição voluntária, por meio do qual o próprio sujeito portador de deficiência escolhe, no mínimo, duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil. Esses apoiadores prestarão auxílio à pessoa apoiada, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários, a fim de que possa exercer a sua capacidade.

Assim, por ser um procedimento de jurisdição voluntária, é o próprio sujeito que possui a deficiência e, apenas se assim o desejar, postulará em juízo o auxílio por meio da Tomada de Decisão Apoiada, indicando pessoas da sua confiança ao encargo de apoiadores.

De acordo com o disciplinado no artigo 1.738-A do Código Civil e seus parágrafos 1º e 2º, para que seja formulado o pedido de Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa com deficiência e os seus apoiadores deverão apresentar um termo no qual constem quais serão os limites do apoio a ser oferecido, bem como os compromissos dos apoiadores (BRASIL, 2002).

Dessa forma, a existência de limites expressos no termo de apoio a ser prestado assegura o resguardo da autonomia do apoiado para decidir livremente sobre as demais questões que não entenda ser preciso a colaboração dos apoiadores.

Na Tomada de Decisão Apoiada, o beneficiário, portanto, terá preservada a sua capacidade de fato. Em razão disso,

conforme sustenta Rosenvald, mesmo nos atos específicos em que o termo preveja a necessidade de apoio, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, sendo-lhe apenas privada da legitimidade para praticar determinados atos da vida civil (2015, p. 1).

Ao se referir ao instituto da Tomada de Decisão Apoiada, Requião discorre que esse instituto privilegia “o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para auxiliá-lo nos atos da vida”, o que seria exatamente o oposto do que antes poderia acontecer em algumas situações de curatela fixadas à revelia e contra os interesses do portador de transtornos mentais (2016, p. 182).

O instituto é, assim, uma faculdade conferida à pessoa com deficiência para escolher em quais situações entende ser necessário recorrer ao auxílio de terceiros, para que lhe prestem esclarecimentos, permitindo-lhe tomar decisões com maior segurança (RIBEIRO, 2015, p. 114).

Surge à pessoa com deficiência, portanto, uma possibilidade, até então inexistente, de ela própria reconhecer a necessidade de ser auxiliada na prática de determinados atos da vida civil e escolher, de acordo com a sua vontade, as pessoas que deseja lhe auxiliarem no exercício da sua capacidade civil.

O fato de a Tomada de Decisão Apoiada ser uma medida cuja legitimidade ativa caiba somente ao sujeito que dela fará uso reforça a autonomia do portador de transtorno mental, que possuirá apoiadores porque assim o quis e postulou, e não porque lhe foram designados (REQUIÃO, 2016, p. 184).

A preservação da autonomia do incapaz pelo novo instituto encontra-se clara no parágrafo 4º do artigo 1.783-A, que disciplina que as decisões tomadas pela pessoa apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que realizadas dentro dos limites do apoio acordado. Nesse sentido, Ribeiro sustenta que a pessoa apoiada pode decidir sem restrições, “contudo, naquelas

situações em que o termo de tomada de decisão apoiada determinou necessário o aconselhamento de apoiadores, a falta do requisito permitirá a anulação do ato realizado” (2015, p. 114).

Destarte, o instituto não retira da pessoa apoiada a sua capacidade para exercer os atos da vida civil, de tal forma que, como regra, poderá exercê-los sem restrições. No entanto, apenas nas situações em que o termo de tomada de decisão apoiada delimitar, será entendido como necessário o aconselhamento dos apoiadores.

Tendo em vista que esse instrumento preserva a capacidade civil da pessoa com deficiência de forma quase intacta, o Estatuto afirma que esse instrumento deverá ser observado como a primeira opção assistencial, antes de sujeitar a pessoa com deficiência à curatela, diante do reconhecimento de eventual incapacidade (HERMANNY FILHO, 2016, p. 193).

Assim, pode-se afirmar que a Tomada de Decisão Apoiada é bem menos invasiva que a curatela, uma vez que reconhece a capacidade de agir da pessoa com deficiência e preserva a sua autonomia. Por essa razão é que, de acordo com o objetivo traçado pelo Estatuto de promover a igualdade e a inclusão social das pessoas com deficiência, tal medida deve ser preferencialmente adotada em relação à curatela, esta considerada mais invasiva, mas, por vezes, necessária.

3 Da curatela da pessoa com deficiência

Outra grande alteração trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi no instituto da curatela, seu conceito e limites, uma vez que, conforme já tratado, a pessoa com deficiência passou a ter plena capacidade para a prática dos atos da vida civil, e a curatela, portanto, é utilizada somente se não for possível a Tomada de Decisão Apoiada.

Apesar da Lei n. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) ter deixado de enquadrar as pessoas com deficiência

no rol das incapacidades disciplinado no Código Civil, reconhece-se a possibilidade de existirem pessoas com deficiência intelectual que não possuam condições mínimas para realizarem, sozinhas, os atos da vida civil, quando podem valer-se do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, ou, se for o caso, de uma medida mais drástica que é a sua colocação sob curatela, já existente anteriormente em nosso sistema jurídico (RIBEIRO, 2015, p 113-114).

O Código Civil brasileiro prevê um sistema de proteção aos incapazes, que se realiza por meio dos institutos da representação e da assistência, conferindo-lhes a necessária segurança, tanto em relação à pessoa, quanto ao seu patrimônio e possibilitando-lhes o exercício de seus direitos (GONÇALVES, 2017, p. 131).

A curatela é, pois, um instituto voltado ao maior incapaz, exercido por um curador nomeado, que zelará pelos interesses daquele e suprirá a impossibilidade de exteriorização da vontade do curatelado. Ela será necessária quando, por causa transitória ou permanente, a pessoa não puder exprimir a sua vontade; apresentar embriaguez habitual e dependência de tóxico; ou, ainda, que for pródigo ou nascituro, nos termos previstos pela lei civil.

Esse instituto da curatela previsto na lei civil brasileira adquiriu novos contornos com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante do reconhecimento da curatela “personalizada”, ou seja, devidamente ajustada às necessidades do incapaz. Essa medida objetivou a garantia da dignidade da pessoa com deficiência mediante a sua inclusão social, ficando como objetivo secundário a proteção do seu patrimônio (HERMANNY FILHO, 2016, p. 191).

A curatela, sob esse novo viés de inclusão da pessoa com deficiência, deixa, assim, de ser um instrumento de substituição total da vontade do indivíduo e passa a atribuir maior relevância às condições pessoais de cada curatelado, consideradas em cada caso concreto (MENEZES, 2015, p. 18).

A curatela voltada à pessoa incapaz afasta-se da possibilidade da simples decretação da incapacidade absoluta, com a limitação

total da capacidade civil do sujeito, voltando a preocupação com as peculiaridades do caso em que a pessoa possui alguma deficiência e à medida que afeta o seu discernimento (REQUIÃO, 2016, p. 166).

O artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência é expresso ao prever que a curatela deverá ser proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e que durará o menor tempo possível. Dessa forma, na opinião de Lôbo, torna-se possível verificar o caráter protetivo da medida, e não de privação do exercício de direitos que se encontrava na interdição total anteriormente prevista (2015, p. 2).

Ademais, por ser uma medida protetiva excepcional, a curatela somente poderá ser deferida quando realmente imprescindível à proteção da pessoa com deficiência e pelo menor período de tempo possível, devendo a sentença que a instituir declarar expressamente as razões e motivações de sua aplicação, fixando com rigor os limites da curatela (MENEZES, 2015, p. 19).

Ribeiro evidencia que a previsão de a curatela durar o “menor tempo possível” se justifica no objetivo a ser almejado pela pessoa com deficiência, qual seja, o aprimoramento de suas habilidades e a sua efetiva inclusão social, para exercício da sua capacidade civil plena (2015, p. 116).

Além disso, a medida somente afetará os aspectos patrimoniais da vida do indivíduo, mantendo-se a autonomia do curatelado quanto aos aspectos existenciais da sua vida, como o direito de dispor sobre o próprio corpo, sobre sua sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho e voto, nos termos do artigo 85, § 1º do Estatuto⁶.

Stolze discorre que, ao passo que o Estatuto foi expresso ao afirmar que a curatela é extraordinária e restrita aos atos de conteúdo patrimonial ou econômico, desapareceu a figura da interdição

⁶Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

completa e do “curador todo-poderoso e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados” sobre a vida do curatelado (2016, p. 6).

Fica evidente, pois, o cuidado do legislador em preservar ao máximo a autonomia e dignidade do sujeito curatelado, privando-o de exercer apenas os atos para os quais não possui o discernimento necessário.

Requião mostra-se favorável à alteração legislativa, afirmando que há tempo mostrava-se necessário reconhecer que uma eventual necessidade de proteção patrimonial não poderia implicar, necessariamente, uma limitação aos direitos existenciais do indivíduo. Completa afirmando que a curatela é uma medida que deve ser deferida em favor do portador de transtorno mental, não cabendo, pois, a aplicação de restrições indevidas a ele (2016, p. 166).

Acontece, no entanto, que em algumas situações a pessoa com deficiência não tem o mínimo discernimento inclusive para realizar atividades não patrimoniais. Dessa forma, surge a dúvida acerca de legitimidade da intervenção do curador na seara dos interesses existenciais (MENEZES, 2015, p. 21).

O objetivo do dispositivo é evitar a “coisificação” da pessoa curatelada que não pode ter a sua integridade física e psíquica comprometidas por uma eventual e indevida atuação do curador. Entretanto, não possuindo, o curatelado, qualquer capacidade de agir e havendo a necessidade de tomar alguma decisão existencial como, por exemplo, a realização de um procedimento médico, haveria, sim, a possibilidade de intervenção do curador, mas sempre com a intenção de realizar o interesse fundamental do curatelado, levando-se em conta as suas preferências genuínas, sua percepção de mundo e suas convicções pessoais acerca da própria identidade (DWORKING apud MENEZES 2015, p. 22).

No tocante à fixação dos limites da curatela, importante observar que devem ser evitados dois extremos. Por um lado, a proteção excessiva do incapaz, que acaba suprimindo toda a sua autonomia. De outro lado, a limitação da curatela apenas quanto à administração do patrimônio, eliminando-se a possibilidade de

reconhecimento da necessidade de auxílio nas questões existenciais. Assim, sendo imprescindível a proteção do indivíduo no âmbito não patrimonial, entende Menezes que a curatela também deverá recair sobre tais interesses (2015, p. 23).

A doutrina, como se vê, divide opiniões sobre as alterações trazidas pelo Estatuto e pontuadas nesse capítulo. Enquanto alguns doutrinadores são favoráveis às mudanças, outros sustentam se tratar de um retrocesso legislativo.

4 A limitação da capacidade do vulnerável como elemento indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana

De acordo com a perspectiva tradicional da teoria das incapacidades, a limitação da autonomia da vontade do sujeito é justificada como uma proteção legal em favor dos seus interesses, diante de sua incapacidade e não como uma privação da sua liberdade, sem qualquer prejuízo à dignidade das pessoas com deficiência.

As restrições sobre a capacidade de fato, em conformidade com essa teoria clássica, têm como fundamento a presunção de que certas pessoas possuem insuficiência psíquica ou intelectual que compromete a sua manifestação de vontade consciente, justificando-se em razão da garantia constitucional decorrente do princípio da igualdade e proteção dos vulneráveis, que assegura o tratamento desigual àqueles que estão em posição de desigualdade (HERMANNY FILHO, 2016, p. 197).

Aqueles que defendem a limitação da autonomia, como forma de proteção dos vulneráveis vêm condenando as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que considera plenamente capazes as pessoas que muitas vezes não têm o poder de se autodeterminar e que não possuem a adequada compreensão para realização dos atos da vida civil, pelas razões que a seguir serão expostas.

A estrutura do sistema da capacidade de fato (ou de exercício) é a autodeterminação do indivíduo, de forma que se considera plenamente capaz para os atos da vida civil aquele que compreende e se autodetermina, possuindo pleno poder de gerenciar sua vida, seus negócios e seus bens. Por outro lado, aquele que não compreende e nem se autodetermina precisa ser rigorosamente protegido, e até mesmo de si próprio (KUMPEL; BORGARELLI, 2015, p. 2).

Simão, um dos doutrinadores que critica as mudanças, afirma haver um grande descompasso entre a novel Lei, que conferiu a plena capacidade às pessoas com deficiência, e a realidade por elas vivenciada. Complementa dizendo que esse descompasso trará consequências catastróficas, diante da evidente condição de restrição da capacidade de compreensão dos atos da vida civil da maioria das pessoas com deficiência (2015, p. 3).

Assim, ao passo que a legislação confere a todas as pessoas com deficiência, sem distinções entre deficientes físicos e mentais, a plena capacidade para o exercício dos atos da vida civil, acaba por retirar a proteção daqueles que na realidade não têm nenhum poder de autodeterminação ou cujo poder é reduzido.

Nessa linha, segundo essa doutrina, o Estatuto teria falhado ao ampliar o conceito de pessoa com deficiência e não diferenciar os tipos de deficiência e a proteção que cada um deles demanda, haja vista que, enquanto alguns tipos de deficiência não geram comprometimento cognitivo, outros comprometem a capacidade do indivíduo e, por isso, a restrição da capacidade estaria justificada.

Ao tratar os deficientes físico e mental de forma igualitária – ambos como plenamente capazes –, o legislador está, na verdade, impedindo a aplicação de um tratamento igualitário, tendo em vista a existência de desigualdade material entre eles (PASQUAL, 2016, p. 7).

Existem inúmeros tipos de deficiência e cada uma delas gera um comprometimento diferente àqueles por ela acometidos. Não

haveria como enquadrar, portanto, uma pessoa que possui apenas uma deficiência física no mesmo conceito em que se encontra um sujeito portador de transtorno mental.

É evidente que as limitações de um deficiente físico são muito diferentes das limitações de um deficiente portador de transtorno mental, de tal forma que seria um equívoco considerar que, em ambos os casos, as pessoas necessitariam do mesmo apoio estatal. Um cadeirante, por exemplo, não possui problemas cognitivos que o prive de exercer a sua autonomia livremente; no entanto, uma pessoa com Síndrome de Down não possui a mesma compreensão para exercer os atos da vida civil.

Nesse mesmo sentido, Pasqual e Pasqual sustentam que, em que pese a motivação dessa grande alteração legislativa está em proporcionar a inclusão social das pessoas com deficiência, a redução das desigualdades sociais e o desaparecimento de condutas discriminatórias na sociedade, não seria correto considerar uma pessoa com deficiência plenamente capaz, haja vista que a falta cognição não permite que tenha uma real compreensão das situações que lhe são apresentadas (2016, p. 07).

Dessa forma, na visão do autor, a igualdade material objetivada pela nova legislação retrata uma utopia, de tal forma que o objetivo de incluir revelar-se-ia, ao final, em uma forma de exclusão.

Sendo o deficiente, enfermo ou excepcional considerado pessoa plenamente capaz, não será representado nem assistido na prática dos seus atos, devendo realizá-los sozinhos. Ocorre, no entanto, que, apesar de o Estatuto reconhecer a plena capacidade da pessoa, na prática ela não consegue exprimir a sua vontade (SIMÃO, 2015, p. 3).

Assim, em conformidade com a corrente ora analisada, embora a lei disponha que a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa, essa não é a realidade evidenciada. A existência de uma lei indicando que tais pessoas são plenamente

capazes não é hábil a mudar a real situação em que elas se encontram.

Existe um ponto, no entanto, em que ambas as correntes doutrinárias convergem. Trata-se da retirada daqueles sujeitos incapazes de exprimir a sua vontade do rol de absolutamente incapazes e a sua inclusão no rol do artigo 4º do Código Civil que trata dos relativamente incapazes.

A lei, ao dispor que somente os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, impossibilitou a nomeação de representante àqueles que não possuem nenhuma condição de exprimir a sua vontade, como é o caso das pessoas que estão em situação de coma. De acordo com o Estatuto, essas pessoas somente poderiam agir de forma assistida e não representada, o que é completamente impossível. Se tais pessoas não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa (STOLZE, 2016, p. 4).

Assim, considerando que aqueles que não conseguem exprimir sua vontade passaram a ser apenas relativamente incapazes, somente poderão agir de forma assistida, o que tecnicamente é impossível e ilógico. Nesse caso, para que esses indivíduos possam realizar algum ato, imprescindível é a representação.

Os autores contrários à alteração legislativa demonstram possuir uma grande preocupação quanto aos efeitos da lei na prática. Para eles, não há como se considerar pessoas com deficiência plenamente capazes para gerirem os atos da vida civil, uma vez que na realidade elas não possuem condições de expressar a sua vontade de forma consciente, em razão da falta de cognição.

Para Simão, as consequências podem ser graves, tendo em vista que, com as inovações do Estatuto, as pessoas com deficiência ficam abandonadas à própria sorte, pois, ao mesmo tempo em que não conseguem exprimir a sua vontade, também não poderão ser representadas (2015, p. 3).

Desse modo, apesar do objetivo social das alterações, em razão da amplitude conferida ao conceito de pessoa com deficiência, a lei gerou uma drástica diminuição da proteção conferida aos psicicamente vulneráveis, que precisam de um tratamento diferenciado em razão do princípio constitucional da igualdade (HERMANNY FILHO, 2016, p. 199-200).

A corrente entende que, ao invés de beneficiar as pessoas com deficiência ao tratá-las em igualdade de condições com as demais, a lei as estaria prejudicando, uma vez que a limitação da sua capacidade não teria o intuito de excluí-las da sociedade, mas protegê-las dos seus próprios atos. Nesse sentido, os defensores da corrente apontam que a alteração retirou a incidência de alguns benefícios que antes recaiam aos vulneráveis.

Em muitos aspectos podem ser evidenciados prejuízos aos vulneráveis. Simão elenca vários pontos em que a retirada da proteção da pessoa com deficiência não foi benéfica. Um dos maiores prejuízos citados é o fato de que a prescrição e a decadência passaram a correr normalmente contra a pessoa com deficiência, o que não acontecia na legislação anterior, por força dos artigos 198, inciso I e 208, do Código Civil⁷ (SIMÃO, 2015, p. 3).

Os artigos supramencionados asseguram que, se uma pessoa absolutamente incapaz for credora de determinada quantia, não correrá contra ela a prescrição ou decadência do seu direito. No entanto, considerando que, de acordo com a nova lei, apenas menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, as demais pessoas que também se encontram em situação de vulnerabilidade deixaram de ser beneficiadas por tal regra.

Outra questão desvantajosa seria o fato de que a pessoa com deficiência, especialmente no caso de deficiências intelectuais, em razão do reconhecimento da sua capacidade plena, poderá realizar qualquer negócio jurídico sem a necessidade de representação ou

⁷Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

assistência como pressuposto de validade. Assim, considerando que a manifestação da sua vontade está autorizada pela lei, os atos jurídicos que realizar serão submetidos aos mesmos requisitos de validade dos negócios realizados pelas demais pessoas (RIBEIRO, 2015, p. 112).

Nota-se, pois, que, mesmo sendo desfavorável um negócio jurídico realizado por uma pessoa com transtorno mental, por exemplo, será considerado válido o ato, sendo necessário para a sua anulação provas concretas de vício de consentimento.

Outro prejuízo evidenciado pelo reconhecimento da plena capacidade da pessoa com deficiência é o fato de que ela também se torna apta a dar quitação, afastando-se a incidência do artigo 310 do Código Civil⁸. Assim, mesmo que tal pessoa não tenha noção acerca de dinheiro e valores, sendo ela credora e dando a respectiva quitação, liberará o devedor. Assim, enquanto antes era o devedor que pagou “mal” quem deveria pagar novamente, com o Estatuto é o credor quem suportará a perda do dinheiro (SIMÃO, 2015, p. 4).

De acordo com a corrente doutrinária ora estudada, a reforma verificada no Código Civil com o intuito de promoção dos propósitos da CDPD causaram mais prejuízos do que benefícios no tocante à proteção das pessoas com deficiência. Assim, tal posicionamento entende que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada através de um sistema mais intervencionista (dignidade-vulnerabilidade) (HERMANNY FILHO, 2016, p. 204-205).

Conclui-se, pois, que em que pese a intenção dos legisladores tenha sido louvável ao garantir maior autonomia às pessoas com deficiência na busca pela dignidade da pessoa humana, a corrente entende que existem pontos em que essas poderão ser prejudicadas pela retirada de algumas proteções legislativas que antes lhes eram asseguradas.

⁸Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

Além disso, incluir todos os deficientes em um mesmo conceito e a eles destinar exatamente o mesmo tratamento configura uma mera igualdade formal, violando-se, no entanto, a igualdade substancial ou material, razão pela qual a intenção do legislador merece críticas, na medida em que os iguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades.

5 A inclusão das pessoas com deficiência e a proteção da sua dignidade

Neste ponto será analisada a corrente favorável às alterações trazidas pelo Estatuto, que se sustenta na autonomia do indivíduo como elemento integrante da dignidade da pessoa humana.

Stolze, um dos defensores dessa corrente, afirma que o Estatuto traduziu uma verdadeira conquista social, ao inaugurar um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis (2016, p. 01).

A inclusão das pessoas com deficiência na sociedade é uma preocupação recente, que foi materializada internacionalmente através da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, apenas em 2007, e ratificada pelo Brasil em 2008.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamenta a Convenção de Nova York, da qual o Brasil é signatário. Nos termos do artigo 1º da Convenção, seu propósito é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (TARTUCE, 2015, p. 1).

Essa Convenção, considerada o mais abrangente documento internacional no que tange às pessoas com deficiência, possui, desde o seu Preâmbulo, nove referências à dignidade humana. No seu artigo 1º, já menciona o princípio quando dispõe que o seu propósito é o de “promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades

fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”. Mais a frente, no seu artigo 8º, diz que os Estados comprometem-se a adotar medidas para “conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência” (NISHIYAMA; TEIXEIRA, 2016, p. 225).

O reconhecimento da dignidade humana das pessoas com deficiência confronta a visível realidade de exclusão social, política, econômica e cultural. A exclusão dessas pessoas significa verdadeira violação à sua dignidade humana, na medida em que só faz crescer a sua invisibilidade ante o meio social, apartando-as cada vez mais deste último (MADRUGA, 2016, p. 70).

Dessa forma, considerando que as mais diversas formas de exclusão das pessoas com deficiência configuram violação à dignidade humana, o contrário também é verdadeiro, razão pela qual a busca pela inclusão dessas pessoas é essencial à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O desafio proposto pela Convenção é o de incluir os deficientes na sociedade, e não apenas integrá-los. Conforme sustenta Lemos, longe de uma diferença meramente semântica, a integração permite que a sociedade incorpore aquelas pessoas que conseguem adaptar-se por meios próprios, enquanto a inclusão pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade, sem divisão em grupos, cabendo à sociedade e ao Poder Público reunir esforços para que inexistam barreiras entre os cidadãos e entre estes e seus direitos básicos (2015, p. 75).

Nota-se, pois, que mera integração não é hábil a afastar as exclusões sofridas pelas pessoas com deficiência, uma vez que somente serão incorporadas na sociedade, sem, no entanto, ter a garantia de realmente fazer parte dela. A inclusão, por sua vez, é o que deve ser buscada para efetivação da dignidade da pessoa humana.

Lemos frisa, ainda, que a dignidade humana não é um conceito estático, sendo variável no aspecto temporal e espacial, devendo sua profundidade ser avaliada periodicamente e constantemente agregada a novos fatores, garantindo uma condição de vida cada vez melhor aos cidadãos. Nesse sentido, a inclusão social da pessoa com deficiência – e não mais sua integração – é um dos pontos primordiais para que seja alcançada sua dignidade (2015, p. 75).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, na opinião de Requião, ao reconhecer a importância do favorecimento da autonomia do indivíduo portador de transtorno mental, inaugura um novo paradigma, que propicia que ele se torne o “autor da própria vida” (2016, p. 9).

Assim, considerando que somente se pode falar em dignidade quando se garante a todos a autonomia para decidir livremente sobre questões de caráter existencial, é que o Estatuto, ao retirar a presunção de incapacidade da pessoa com deficiência, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana.

O fundamento da incapacidade da pessoa com deficiência era o de protegê-la no exercício dos atos da vida civil, a fim de que seu patrimônio fosse resguardado. No entanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência altera essa postura paternalista para a de uniformidade de tratamento, conferindo valor à vontade da pessoa com deficiência (RIBEIRO, 2015, p. 122).

Enquanto antes a pessoa com deficiência não tinha sua vontade valorada em razão da presunção da sua incapacidade, agora a sua vontade passou a ser reconhecida e somente poderá ser limitada caso comprovada a vulnerabilidade do indivíduo.

Para Araújo, as pessoas com deficiência não podem ser consideradas incapazes exclusivamente em razão das suas deformações, uma vez que são pessoas humanas detentoras dos mesmos direitos e garantias fundamentais que as outras pessoas não consideradas deficientes. Assim não seria plausível, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade

substancial, tolher dessas pessoas o seu direito fundamental à capacidade (apud FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 329).

Ao reconhecer a plena capacidade da pessoa com deficiência, esta é colocada em situação de igualdade às demais pessoas e terá a sua vontade valorada e respeitada, podendo ser suprimida apenas em casos em que for reconhecido comprometimento da capacidade cognitiva do sujeito.

No entendimento de Ribeiro, a valoração da autonomia da pessoa com deficiência está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe o dever de observância à pessoa e não à sua deficiência. Nesse sentido, sustenta a possibilidade de se considerar a deficiência da pessoa, mas apenas para fins de inclusão e não para defini-la ou impedir o exercício de seus direitos (2015, p. 122-123).

Dessa forma, ao conferir ao sujeito com deficiência a possibilidade de se autogovernar, ele passa a ser visto como uma pessoa detentora de direitos e deveres e deixa-se um pouco de lado o enfoque que se dava apenas às suas limitações.

Uma grande maneira de conferir maior autonomia à pessoa com deficiência foi o reconhecimento da sua capacidade civil. Com isso, admitiu-se a sua igualdade às demais pessoas e permitiu-se que este indivíduo passasse a exercer a sua liberdade ao realizar as suas próprias escolhas, especialmente em questões relacionadas aos aspectos existenciais (SAMPAIO; COLAÇO, 2016, p. 115).

Farias e Rosenvald, nessa seara, ensinam que não se justifica impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, haja vista que toda pessoa é capaz em si mesma. Ademais, afirmam ser discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental (2016, p. 328).

Na importante conclusão de Stolze, a inovação legislativa merece aplausos diante do seu viés inclusivo, na medida em que, “pela amplitude do alcance de suas normas, o Estatuto traduziu uma verdadeira conquista social ao inaugurar um sistema

normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis” (2016, p. 1).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as novidades que trouxe ao instituto da curatela de excepcionalidade e especificidade insere-se no contexto de cidadania, inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico, uma vez que a interdição de um indivíduo acabava por retirar-lhe a sua qualidade de sujeito de desejo e de sujeito social. Assim, a Lei n. 13.146/2015 consolidou e reconheceu o valor e o princípio da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2015, p. 2).

No entanto, somente o tempo e a prática mostrarão se o melhor caminho a ser tomado é realmente o da dignidade-liberdade ao invés da anterior dignidade-vulnerabilidade (TARTUCE, 2015, p. 1).

Assim, para os defensores dessa corrente, não restam dúvidas de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi um grande avanço social, haja vista que a verdadeira inclusão das pessoas com deficiência se dá com o reconhecimento da sua capacidade de auto-regulamentação (autonomia).

Enquanto antes o enfoque do tratamento das pessoas com deficiência era nas suas limitações, com o reconhecimento da sua autonomia passou-se a observar a pessoa e não apenas a sua deficiência. Desse modo, os adeptos da doutrina que considera o Estatuto da Pessoa com Deficiência como um avanço, sustentam que ao reconhecer a capacidade da pessoa com deficiência para fazer as próprias escolhas, especialmente quanto às questões existenciais, as novas regras de tratamento das pessoas com deficiência vêm ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Após a análise de ambos os posicionamentos acerca da alteração legislativa que conferiu a plena capacidade às pessoas

com deficiência, cabe concluir se a Lei n. 13.146/2015 trouxe-lhes mais benefícios ou prejuízos.

As alterações trazidas pela Lei 13.146/2015 trouxeram um novo olhar às pessoas com deficiência, tento em vista que, enquanto, antes, o simples fato de o indivíduo possuir alguma deficiência já o caracterizava como incapaz, com o Estatuto ele passou a ser visto em forma de igualdade às demais pessoas, desassociando o transtorno da necessária incapacidade. Com isso, a sua vontade, especialmente em questões relacionadas aos aspectos existenciais, passou a ser devidamente valorada.

Não se trata da retirada de proteção dos vulneráveis, haja vista que o fato de ser reconhecida a plena capacidade das pessoas com deficiência não exclui a possibilidade de que essa capacidade seja limitada judicialmente pelos institutos da tomada de decisão apoiada e, excepcionalmente, da curatela quando não puderem exprimir a sua vontade.

Dessa forma, ao contrário do que sustentam aqueles que condenam o Estatuto, nesse ponto não haveria prejuízos à pessoa com deficiência, pois sendo reconhecida a sua vulnerabilidade para gerir sozinha os atos da vida civil, plenamente possível será o reconhecimento da sua incapacidade, assim como ocorre com os demais indivíduos, a fim de que receba a proteção de que necessita.

Essa limitação incidirá sobre as questões de caráter exclusivamente patrimonial e negocial, de tal forma que fica garantida à pessoa com deficiência a sua autonomia existencial, nos termos do artigo 6º a Lei n. 13.146/2015.

Nota-se uma preocupação para que a autonomia do indivíduo seja, ao máximo, resguardada, isso porque o reconhecimento da autonomia existencial da pessoa com deficiência consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não há como se falar em uma vida digna se o indivíduo não puder decidir sobre as questões mais básicas e personalíssimas da vida.

Percebe-se, todavia, uma falha do legislador ao incluir as pessoas que se encontram impossibilitadas de exprimir a sua vontade no rol dos relativamente incapazes. Conforme já tratado, aos relativamente incapazes apenas caberá assistência e não representação, de tal forma que todo e qualquer ato deverá ser realizado pelo próprio sujeito.

No entanto, é ilógico que alguém que esteja impossibilitado de exprimir a sua vontade realize um ato. É o caso, por exemplo, de pessoas em estado de coma. Não há que se falar em assistência, pois o sujeito não possui a mínima possibilidade de exprimir a sua vontade.

Portanto, ao prever que pessoas incapazes de exprimir essa vontade somente possam ser assistidas e não representadas, acaba por privá-las de realizar qualquer ato, pois não possuem nenhuma condição de expressar o que desejam.

Trata-se de um equívoco legislativo que ambas as correntes doutrinárias concordam que deverá ser corrigido. No entanto, não é por um erro pontual que a nova lei deve perder o seu crédito, uma vez que inaugurou um sistema mais inclusivo, o qual direcionou a sua atenção à pessoa e não apenas à sua deficiência.

Não há como se falar em uma verdadeira inclusão social enquanto as pessoas com deficiência forem consideradas incapacitadas e não puderem ter a sua capacidade valorada. Afastar a presunção da incapacidade das pessoas com deficiência e defini-las como plenamente capazes retira a carga conceitual negativa de incapacidade que sempre as abrangeu.

Conclui-se, pois, em um contraponto entre as posições doutrinárias que, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, houve mais benefícios do que malefícios nas alterações legislativas, uma vez que a preservação da autonomia é essencial a uma vida digna.

Ainda, não há que se falar em um desamparo legislativo às pessoas com deficiência, visto que não se trata de uma retirada de proteção, mas sim de uma desconstrução ideológica de que a

deficiência gera consequentemente a incapacidade, a fim de que esses indivíduos consigam efetivamente se inserir na sociedade em igualdade de condições aos demais.

Referências

- BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FILHO, Roberto Alves de Oliveira; SILVA, Marcelo Rodrigues da. A capacidade das pessoas com deficiência mental: (in) constitucionalidade? In: CONGRESSO DO CONPEDI – CURITIBA, 25, 2016, Curitiba. *Anais de Direito Civil Contemporâneo I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 04-24. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/r31og1en/WmD5B134on13eQ09.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- FILHO, Flávio Hermann. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das incapacidades. In: CONGRESSO DO CONPEDI – CURITIBA, 25, 2016, Curitiba. *Anais de Direito de Família e Sucessões II*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 186-206. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/8v3pu3uq/NYDAjop1T4e5JofN.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: Parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. ago. 2015. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. Cotas trabalhistas para pessoas com deficiência: uma análise principiológica. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 164. p. 65-84. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago. 2015.

LÔBO, Paulo. Com avanço legal pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica*. Rio de Janeiro, a.1, n. 1, jan-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, vol. 68. p. 225/240. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2016.

PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL; Marco Antônio. Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. p. 273-291. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 2016.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Iara Pereira. A capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 24, 2015, Belo Horizonte. *Anais de Direito Civil Contemporâneo II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 109-125. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/8J38ic2GY5847PkM.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. jul. 2015. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decis%C3%A3o-Apoiada>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

SAMPAIO, Carolina Vasques; COLAÇO, Hian Silva. Curatela em matéria existencial: análise do PLS 757/2015 que visa modificar o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: CONGRESSO DO CONPEDI – CURITIBA, 25, 2016, Curitiba. *Anais de Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 202-218. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/o2q8agmu/24v1c46x/Ps5J7E D8NhAkZ9VX.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SIGNORI, Terezinha de Jesus Souza, et. al. O Estatuto da pessoa com deficiência e as alterações no instituto da curatela: linhas gerais. *Informativo Ministério Público do Estado do Paraná*. n. 74. p. 01-08. Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://www.civel.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=127&tit=O-ESTATUTO-DA-PESSOA-COM-DEFICIENCIA-E-AS-ALTERACOES-NO-INSTITUTO-DA-CURATELA-LINHAS-GERAIS>>. Acesso em: 12 set. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 16 ago. 2016.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4605, fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 30 nov. 2016.

As garantias legais para a proteção da gestante apenada e de seu filho

Mariana Longaretti¹

Linara da Silva²

Introdução

Diante da situação em que se encontram os presídios femininos, é crucial que sejam demonstradas as proteções que estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de assegurar uma melhor qualidade de vida tanto para as apenadas como para seus filhos, que, muitas vezes, são inseridos no sistema carcerário sem receberem o devido auxílio.

Assim, ante a escassez de recursos para a manutenção da casa prisional feminina, uma vez que ausentes, na maioria dos estabelecimentos, locais adequados para a manutenção da criança na companhia da genitora, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no *Habeas Corpus* Coletivo número 143.641, buscou uma solução rápida para a vulnerabilidade encontrada nas prisões femininas.

Assim, busca-se analisar e demonstrar com o presente estudo as possibilidades disponíveis para que se possa efetivamente garantir a dignidade à gestante apenada e a seus

¹ 144065@upf.br.

² linara@upf.br.

filhos. Além disso, visa-se demonstrar que não basta a existência de inúmeras leis que regulamentem a situação da apenada gestante e mãe se não há engajamento por parte do Poder Público buscando a concretização de tal legislação.

1 As Garantias legais nacionais e internacionais para a proteção das apenadas gestantes

A maternidade no cárcere é regrada por diversos instrumentos, assim as garantias tanto para a criança como para sua mãe estão distribuídas por todo o ordenamento jurídico pátrio. No entanto, com o intuito de tratar de forma lógica tais regras, deve-se iniciar pelo princípio constitucional basilar de um Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da personalidade da pena, que se encontra disciplinado no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal³ que refere que a pena nunca deverá passar da pessoa do condenado. Nesse sentido, quando se está diante da situação atual da prisão feminina brasileira pode-se perceber que as crianças estão sendo incluídas no meio prisional, entretanto, de nenhuma forma poderão ser submetidas ao cumprimento da pena designada para suas mães (MELLO, 2016, p. 100).

Assim, existe também a legislação direcionada especificamente à criança, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina os direitos inerentes ao bem-estar dos menores. Em seu artigo 4º⁴, o referido Estatuto traz o dever que

³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

⁴Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

todos possuem de tratar a criança e o adolescente como prioridade, buscando a maior efetivação de seus direitos. Dessa forma, é dever de todos priorizar a concretização dos direitos relativos a criança e ao adolescente, e que seja cristalina a ideia de que, mesmo que estejam em um ambiente penitenciário, em momento algum devem ser tratados pela administração do presídio como se estivessem cumprindo uma pena, sendo que mesmo lá devem ser levados em conta todos os instrumentos disponíveis que regulam a proteção do público infanto-juvenil (MELLO, 2016, p. 100-101).

Já no que tange ao aleitamento materno, o artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵ preconiza que, mesmo às mães que estejam privadas de sua liberdade serão garantidos os meios necessários a amamentação. O supramencionado Estatuto não prevê especificamente a permanência do bebê no cárcere junto a sua genitora, porém, perfectibiliza todos as garantias gerais inerentes a criança. Segundo o artigo 37 do Código Penal⁶, as mulheres devem cumprir suas penas em locais que foram estruturados observando as suas peculiaridades. Por esse motivo que as penitenciárias femininas deveriam possuir ambientes destinados à maternidade, que é uma característica que não pode ser tratada com descaso (MELLO, 2016, p. 103).

Além de estar regulamentada no Código Penal, a questão de que devem ser observadas as particularidades do sexo feminino também vem disciplinada nas Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil, em seu capítulo III, artigo 7, parágrafos 2º e 3º⁷, os

⁵Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

⁶Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

⁷Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

quais garantem que as mulheres devem cumprir suas penas em lugares próprios, bem como que às presidiárias terão o direito de permanecerem com suas crianças, sendo-lhes asseguradas as condições necessárias para isso, durante o período de aleitamento.

A Lei de Execução Penal brasileira expõe no artigo 1º seu objetivo, que é colocar em prática o disposto na sentença e ainda criar meios harmônicos de integração do condenado com a sociedade. Ademais, é o instrumento que mais esmiúça os direitos das presidiárias e seus filhos. A referida Lei assegura em seu artigo 89⁸ que a penitenciária deverá possuir local para gestante, bem como creche, destinada às crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, a fim de auxiliá-los enquanto sua responsável se encontrar encarcerada.

Por meio da análise da Lei de Execução Penal resta demonstrado que, na grande maioria das vezes, a primeira infância dos filhos das apenadas é dentro da prisão, sendo que, como responsável, acabarão sendo os servidores da administração do presídio. Ainda, devido à grande quantidade de mulheres que se encontram encarceradas, a Lei de Execução Penal pode gerar um crescimento significativo na população de crianças que integram o sistema carcerário brasileiro, o que acaba sendo muito prejudicial, uma vez que, as casas prisionais, não são devidamente estruturadas para manter bebês e crianças em seu interior (MELLO, 2016, p. 103).

Além disso, existem as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – Regras de Bangkok, que possuem como principal objetivo o tratamento das mulheres de acordo com suas especiais condições. São disciplinadas diversas

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.

⁸Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

regras, tais como, no que diz respeito a higiene, cuidado com a saúde mental, alocação, bem como, com relação aos cuidados que devem ser tomados com as apenadas gestantes e lactantes. Ademais, deverá ser assegurado à detenta uma maior proximidade com sua família, especialmente com seus filhos, sendo que quando ocorrerem visitas de crianças na penitenciária deverá ser garantido um espaço tranquilo, a fim de evitar uma experiência negativa à criança (OLIVEIRA, 2017, p. 01).

No ano de 2007, foi apresentado pelo Brasil ao Comitê dos Direitos Humanos da Criança da Organização das Nações Unidas um projeto chamado Diretrizes das Nações Unidas, que trata dos cuidados adequados para as crianças, bem como relaciona a indispensável intervenção no meio prisional quando existe a necessidade de a criança permanecer no local. Preconiza que, enquanto a criança estiver estabelecida na casa prisional deverá receber atenção e cuidado de forma correta, proporcionando a garantia de liberdade e também a convivência em sociedade (MELLO, 2016, p. 103-104).

No mesmo sentido, visando a proteção da criança e da gestante presidiária, também a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul traz em seu artigo 139⁹ a garantia de que nos estabelecimentos destinados a prisão de mulheres deverão estar presentes creches com pessoas especializadas que realizem atendimento.

Vislumbra-se que existem em todo o ordenamento jurídico brasileiro e internacional diversos dispositivos que protegem a gestante, e seu filho, buscando uma maior qualidade de vida ao infante através do convívio materno, mesmo que sua genitora se encontre privada de liberdade. Com o intuito de dar vida as regras estáticas presentes na legislação nacional sobre maternidade no cárcere, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente um *Habeas Corpus* coletivo, sobre a questão das mulheres que

⁹ Art. 139. Todo estabelecimento prisional destinado a mulheres terá, em local anexo e independente, creche atendida por pessoal especializado, para menores de até seis anos de idade.

possuem filhos, as gestantes e as puérperas que se encontram em prisão preventiva.

2 *Habeas Corpus* coletivo número 143.641 do supremo tribunal federal

Por iniciativa de advogados integrantes do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, tendo como *amicicuriaie* as defensorias públicas de vários estados e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Marcio Thomaz Bastos, e após, por determinação do ministro relator, a Defensoria Pública da União também foi classificada como impetrante, foi apresentado o *Habeas Corpus* coletivo, que continha pedido liminar, tendo como principal objetivo a concessão de prisão domiciliar às gestantes, às mulheres que tivessem dado à luz há pouco tempo, bem como, a mães que tinham os filhos sob seus cuidados e que se encontravam em prisão preventiva. Embasaram seu pedido nas condições precárias em que as mulheres sob custódia do Estado se encontram (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 04).

Nesse diapasão, alegaram que devido tais condições, as casas prisionais brasileiras não prestam o atendimento médico pré-natal, nem pós-parto que é indispensável as detentas grávidas e puérperas. Ainda, relataram que era uma realidade prejudicial ao crescimento das crianças. Assim, narraram que manter as presas preventivas submetidas a essa realidade estaria configurando tratamento desumano, cruel e degradante, o que acaba por ir de encontro aos preceitos constitucionais que regem o tratamento adequado para com o condenado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 04).

Além disso, frisaram que a forma com que acontece o aprisionamento de mulheres é seletiva, prejudicando as mulheres que possuem baixa renda. Em síntese, o grupo de advogados sustentou o cabimento do *Habeas Corpus* na defesa da liberdade de locomoção, tendo como base a garantia de acesso à Justiça. Ainda,

mencionaram que as casas prisionais não estão devidamente organizadas para abrigar mulheres, especialmente quando se trata de gestantes e mulheres que já tem filhos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 04-05).

Nesse mesmo sentido, citaram que existe a mudança legislativa que ocorreu no ano de 2016, que acrescentou ao artigo 318 do Código de Processo Penal¹⁰ a possibilidade de ser concedida prisão domiciliar a mulher que possua filho de até 12 anos incompletos, bem como a gestante. No entanto, afirmaram que não é efetivamente o que acontece na prática, uma vez que muitos julgados já acabaram por indeferir o pedido de concessão de prisão domiciliar a mulheres que se enquadravam nas condições impostas pelo supramencionado artigo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 05).

Aduziram que é necessário que seja lançado um olhar especial à mulher encarcerada, notadamente as que possuem menor poder aquisitivo, já que além de serem privadas de acesso à justiça, acabam também sem o direito de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Afirmaram que existem no Brasil diversos casos de violações de direitos que poderiam ser evitados, já que ao final, a maioria das presas preventivas são absolvidas, ou ainda é realizada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 6).

São poucas as casas prisionais que possuem locais estruturados para a manutenção da criança em segurança e com

¹⁰Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

bem-estar, já que, embora seja assegurado o direito a instalações para atendimento de gestantes e crianças nas penitenciárias femininas pela Lei de Execução Penal, são rotineiramente desrespeitados. Argumenta-se que, a maior parte da população carcerária feminina, no Brasil, possui baixa renda. Por fim, requereu-se a concessão de ordem de revogação de prisão preventiva de todas as mulheres que haviam dado à luz há pouco tempo, das gestantes e mães de crianças, ou, subsidiariamente, que lhes fosse concedida prisão domiciliar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 7).

Em seu voto, ao analisar o mérito do *Habeas Corpus*, o Ministro Ricardo Lewandowski inicia fazendo uma análise a fim de verificar se as presidiárias, bem como seus filhos realmente sofrem tratamento cruel e degradante nas casas prisionais, chegando a triste realidade de que a situação é realmente alarmante. Nesse sentido, o Ministro afirma que existe um problema na cultura brasileira no que tange ao encarceramento, situação que é perceptível pela realização de diversas prisões provisórias de mulheres vulneráveis. Além disso, narrou que ainda estão presentes nas decisões tomadas pelos magistrados os pensamentos de punitivista, gerando o aprisionamento exagerado, acarretando a violação da dignidade humana das mulheres (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 1).

Nesse segmento, realizou-se uma análise do crescimento da população feminina encarcerada, bem como com relação as presas provisórias. Após, realçou-se como sendo ainda mais grave a falta de estrutura para o exercício da maternidade no cárcere. Aduziu-se ser inquietante tal realidade, se analisada pelo viés de que o Brasil não está conseguindo garantir os direitos inerentes a maternidade dentro do meio prisional. Além disso, mencionou-se que os cuidados com o exercício da maternidade são prioridade de todos os países, conforme os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, documentos subscritos

pela Organização das Nações Unidas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 1).

Em continuidade, frisou-se que a Constituição Federal, bem como a Lei de Execução Penal estão sendo desrespeitadas pelos responsáveis das penitenciárias femininas, já que os dados retirados do DEPEN e INFOPEN vem confirmar o descaso sofrido pelas apenadas. Nesta mesma senda, destacou-se regras presentes na Constituição Federal, em tratados internacionais, bem como em todo o ordenamento jurídico pátrio que tem como maior objetivo proteger a saúde da mulher condenada e de seus filhos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 1).

Relatou-se que a manutenção das crianças no cárcere acaba por limitar suas vivências, impedindo que possuam total liberdade para novas experiências. Narrou que após a permanência no meio prisional existe outro momento de sofrimento para o filho, qual seja, a separação do bebê de sua mãe, sendo entregue a família que reside fora do presídio. Além de privar as crianças do convívio materno, muitas vezes ocorre a privação também do aleitamento materno, que é crucial nas fases iniciais da vida. Por esses motivos é que resta evidenciado as falhas que o Brasil possui na concretização dos preceitos constitucionais que visam priorizar a proteção à criança. Decorrente de tais falhas são os prejuízos causados ao desenvolvimento tanto físico quanto psicológico das crianças. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 1).

Com base em todo o exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem para que fosse realizada a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, aplicável a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes enquanto dure tais condições, salientando ser possível a aplicação conjunta do disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal¹¹.

¹¹Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

Ainda, fez uma ressalva no caso de crimes praticados com violência ou grave ameaça contra descendentes, ou em situações excepcionais em que a substituição poderá não ocorrer, oportunidade em que os juízes deverão fundamentar sua decisão. Ademais, expandiu tal decisão às adolescentes que se encontram na mesma situação, em cumprimento de medidas socioeducativas, devendo inclusive ser-lhes aplicadas as mesmas restrições acima descritas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01).

Fez menção também as mulheres que são reincidentes, dizendo que as condições de reincidência devem ser avaliadas, porém sempre tem que ser levados em consideração os princípios relacionados acima, bem como a prisão como sendo última opção. Ainda, em caso de entendimento do juiz de que não se mostra possível a substituição da prisão por domiciliar, poderá fazer uso do artigo 319 do Código de Processo Penal e aplicar as medidas cautelares nele elencadas. Por fim, frisou que para averiguar se a mulher presa possui a responsabilidade de cuidado para com o filho deverá ser considerada a palavra da mãe, no entanto, em caso

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4^o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

de dúvida, tem o juiz a faculdade de solicitar laudo social. Em caso de constatação de que ocorreu a destituição do poder familiar e desde que o motivo da destituição não tenha sido a prisão da genitora, a presente decisão não deve ser aplicada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01).

A decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Feral traz uma notável mudança para a realidade das presas preventivas brasileiras que possuem filhos, que são gestantes, e também para as puérperas, entretanto, como em todas as decisões existem dois lados, os prós e contras. Assim, de grande valia que seja realizada a análise das consequências advindas de tal julgado.

3 Os impactos do Habeas Corpus 143.641 na ordem jurídica e social

Quanto ao *Habeas Corpus* coletivo, uma dúvida importante reside na questão de seu cabimento, já que possuí como paciente um grupo, sem um beneficiário em específico e concede uma ordem global. Além do Ministro Ricardo Lewandowski, também os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello foram a favor da concessão da ordem de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Entretanto, o Ministro Luiz Edson Fachin era contrário ao pedido, uma vez que para ele, não há possibilidade de concessão do pedido na forma com que foi impetrado, até porque mesmo devendo respeitar todos os princípios inerentes a criança, existe a necessidade de individualização das condições em que a substituição poderia ocorrer (GALLI, 2018, p. 01).

O criminalista Délio Lins e Silva Junior manifesta-se favorável a utilização do *Habeas Corpus* coletivo de forma livre por ser um instrumento democrático. No entanto, o constitucionalista Gustavo Binbenbom faz algumas ressalvas quanto a decisão, já que ela pode ocasionar uma insegurança jurídica, uma vez que não especifica a quem deve ser aplicada, deixando um lapso para que magistrados possam decidir de forma divergente, tornando as

deliberações cada vez mais aleatórias. Ademais, Binenbojm salienta que o *Habeas Corpus* coletivo pode acabar beneficiando presas que não deveriam gozar de tal benefício (GALLI, 2018, p. 01).

De outra banda, o constitucionalista Daniel Sarmento afirma que o *habeas corpus* coletivo é uma forma de economia de tempo e celeridade processual, visto que evitou o ajuizamento de diversas ações que tratem sobre o mesmo tema. Além disso, Sarmento reafirma a relevância da decisão devido ao grande aumento da população carcerária nos últimos tempos, sendo que cerca de 40% são presos provisórios (GALLI, 2018, p. 01).

Além disso, existe divergência quanto a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o *Habeas Corpus*, já que conforme o que preceitua o artigo 102 da Constituição Federal¹², cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente o *Habeas Corpus* em casos bem especificados, não contemplando o julgamento direto em caso de pacientes que estejam em situações totalmente diferentes: alguns dos que se encontram como pacientes podem possuir *Habeas Corpus* que ainda não foram decididos em tribunais inferiores e ainda as situações individualizada. Nesse diapasão, a ausência de uma questão bem específica colocou a Corte em uma situação delicada, já que fez com que assumisse uma competência originária e ainda a conceder uma ordem bastante subjetiva e com exceções, tornando dificultosa a forma de fiscalização do cumprimento da decisão (LORDELO, 2018, p. 01).

¹²Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

Ainda, para legitimar o cabimento do *Habeas Corpus*, o ministro Gilmar Mendes tomou por base para seu voto o artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal ¹³. Além disso, Mendes afirmou que o recurso era motivado por uma triste realidade, na qual viviam as mães e gestantes presas, bem como que não existem restrições na legislação a fim de obstaculizar que fosse impetrado *Habeas Corpus* na forma como ocorreu. Ao tratar do mérito, Mendes fez menção a outros recursos impetrados anteriormente que diziam respeito a substituição da prisão preventiva por domiciliar, através dos quais foi concedido as pacientes o pedido (MENDES, 2018, p. 01).

Realçou Mendes (2018, p. 1) a relevância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, já que além de beneficiar as mulheres que se encontrem na condição de gestantes, mães de crianças de até 12 anos, puérperas, acaba por beneficiar também os próprios infantes. Destacou que a decisão da Corte foi acertada, já que buscou dar maior efetividade as garantias presentes na Constituição Federal tanto com relação as mulheres presidiárias quanto para com seus filhos.

Por outro lado, o Promotor de Justiça Taborda (2018, p. 1) se posiciona de forma contrária a decisão da Corte, principalmente por ter sido tratada de forma coletiva. Taborda leciona que tal julgamento transmite um entendimento de que a maioria das mulheres que se encontram recolhidas devem obter liberdade para que possam cuidar de seus filhos. No entanto, salienta que a deliberação da Corte não faz uma análise minuciosa de cada caso concreto, para averiguar se realmente a mãe era responsável pela guarda do filho, ou ainda se não existem parentes que possam exercer a tarefa de cuidado. Ademais, levantou a questão de que o motivo da maioria das

¹³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

mulheres estarem encarceradas atualmente é pelo crime de tráfico de drogas, sendo que, muitas vezes, a prática de tráfico de entorpecentes é realizada no interior da própria residência da mulher, até mesmo na presença de seus filhos.

Desse modo, concordar com a decisão de realizar a soltura das mulheres em prisão preventiva para que passem a uma prisão domiciliar sem analisar cada situação específica é compactuar para que as crianças cresçam envolvidas com o meio do tráfico de entorpecentes, visto que, na maioria das vezes, os traficantes de drogas acabam reincidindo no crime. Por óbvio, não se desconhece a superlotação das casas prisionais, entretanto, não é realizando o deslocamento das mulheres em prisão preventiva do presídio para sua residência de forma coletiva, sem uma vagarosa análise da periculosidade de cada uma, que o obstáculo da superlotação será resolvido, já que a decisão pela ordem coletiva de substituição poderá acarretar também riscos à população (TABORDA, 2018, p. 1).

Quanto a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, vê-se que estão presentes opiniões divergentes quanto ao seu cabimento, quanto a coletividade a quem foi direcionada, bem como se as consequências do julgado serão benéficas. Assim, percebe-se que é uma tentativa da Corte de fazer com que sejam concretizados com maior brevidade as garantias presentes em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, vale o estudo das possibilidades disponíveis que possam auxiliar na melhoria das condições de vida das mulheres encarceradas.

4 As possibilidades para garantir o direito à dignidade da gestante apenada e de seu filho

Todas as mulheres que são inseridas no sistema prisional brasileiro passam por diversas dificuldades, em especial as gestantes, puérperas e as que possuem filhos. Isso se dá devido ao descaso por parte do Estado quando se trata das condições deploráveis em que se encontram as penitenciárias femininas.

Objetivando a mudança desta realidade e a garantia da dignidade da gestante e do bebê, bem como a efetivação de todos os direitos presentes na legislação nacional e internacional, existem algumas formas alternativas que podem auxiliar.

Uma opção disponível para o auxílio na melhoria da situação vivida pelas apenadas é a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, entidade que não possui fins lucrativos, criada no ano de 1972, na cidade de São José dos Campos – SP, e que possui como objetivo principal dar apoio a justiça, recuperando os condenados a penas privativas de liberdade, bem como realizando a proteção da sociedade e das vítimas. A APAC possui como filosofia “matar o criminoso e salvar o homem” e atua como auxiliar do Poder Judiciário na execução da pena, por meio de disciplina baseada na convivência familiar, no respeito, bem como em atividades laborais (FARIA, 2011, p. 1).

A forma de atuação da entidade possui como entendimento basilar o de que todo ser humano pode ser recuperado, se lhes for prestado o auxílio adequado. Assim, existem 12 fundamentos que norteiam o jeito de trabalho da APAC, quais sejam: participação da comunidade;recuperando ajudando recuperando;trabalho;religião;assistência jurídica; assistência à saúde;valorização humana;a família;o voluntário e sua formação;Centro de Reintegração Social – CRS (O CRS possui três pavilhões destinados ao regime fechado, semi-aberto e aberto);mérito do recuperando e a Jornada de Libertação com Cristo, sendo fundamental que todos sejam aplicados conjuntamente. Dessa forma, o mecanismo que a APAC utiliza é inovador, já que trata os apenados de forma diferente, mais humana, possibilitando inclusive a ressocialização dos condenados e sua reinserção na comunidade (FARIA, 2011, p. 1).

As APAC’S podem ser utilizadas também às mulheres gestantes e mães condenadas, porém, a primeira entidade instalada em uma capital brasileira será em Belo Horizonte. A estrutura da APAC exclusivamente feminina será instalada em um

terreno pertencente à Prefeitura de Belo Horizonte, e a expectativa é que esteja em funcionamento ainda neste ano de 2018, possuindo capacidade de abrigar 180 apenadas (PREFEITURA DE BELO HORIZONTE, 2017, p. 1).

Assim, é visível a evolução dos apenados quando inseridos no método utilizado pela APAC, já que seu principal objetivo é a ressocialização por meios idôneos, tal como o trabalho e o fortalecimento da religião. Desse modo, essas entidades também surtem bons efeitos quando tratam do público feminino. Entretanto, faltam locais disponíveis para que sejam estruturadas novas associações destinadas as mulheres, para que possam abranger um maior número de condenadas e cada dia mais contribuir com a execução da pena de forma humanizada, buscando a paz da sociedade e de igual forma proporcionando uma realidade com maior dignidade do que a vivenciada no interior das casas prisionais.

Além disso, existem os chamados Conselhos da Comunidade, que são regulamentados pelos artigos 80 e 81 da Lei de Execução Penal¹⁴. Os Conselhos da Comunidade são uma forma utilizada para fazer com que as pessoas entendam que os reclusos também fazem parte da sociedade, por isso a necessidade de que sejam humanizados. Possuem como principal objetivo a recolocação dos

¹⁴Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

II - entrevistar presos;

III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

apenados no meio social, a fim de diminuir os prejuízos causados pelo aprisionamento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, p. 1).

Conforme disciplinado na Lei de Execução Penal, nos artigos 80 e 81, o Conselho da Comunidade possui diversas funções, tais como realizar entrevistas com os presos, visitar os presídios, bem como auxiliar na busca de recursos que possam facilitar o atendimento ao apenado. Se o Conselho da Comunidade for organizado e participativo, cumprindo com suas atribuições, diminui significativamente a dificuldade enfrentada pelos presos no momento de sua reinserção na sociedade (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, p. 1).

Nessa perspectiva, verifica-se que o Conselho da Comunidade possui grande importância no que diz respeito a ressocialização dos apenados, em especial as gestantes e mães que se encontram recolhidas, uma vez que poderá buscar meios de melhorar a qualidade de vida das mulheres no interior das casas prisionais, como, por exemplo, realizando campanhas na sociedade para arrecadação de materiais higiênicos e até mesmo infantis, buscando uma melhoria nos atendimentos médicos prestados às gestantes, mães e seus filhos, bem como promovendo atividades que possibilitem a conexão entre a população em geral e a lastimável realidade presente nas prisões femininas, objetivando uma quebra de preconceito por parte da sociedade para com as detentas que saem da prisão e precisam se reinserir no contexto social.

Já a Pastoral Carcerária possui como principal característica a utilização da religião no meio prisional, demonstrar a presença de Cristo mesmo em ambientes tão difíceis como nas penitenciárias. O trabalho da Pastoral consiste no atendimento dos presos pelos agentes pastorais, os quais fazem a apresentação da vida cristã aos recolhidos, assim como conversam com os apenados, ajudando-os com relação a violação aos direitos humanos sofridos dentro da prisão (PASTORAL CARCERÁRIA, p.1).

Haja vista que a Pastoral Carcerária possui seu alicerce na religião, na busca pela concretização dos direitos humanos e na

dignidade da pessoa humana, é relevante que a Pastoral realize seus trabalhos com maior incidência sobre as gestantes e mães encarceradas, já que toda mulher, independentemente de sua condição, merece amparo no momento em que está gerando uma vida ou que já possua um bebê e tenha que cuidá-lo. Assim, a Pastoral Carcerária pode auxiliar na busca pela realização das construções de locais específicos nas penitenciárias destinados as mulheres gestantes, as mães e seus filhos, a fim de que o convívio entre eles possa ocorrer de forma mais tranquila, evitando possíveis danos psicológicos, bem como, anomalias no desenvolvimento da criança.

De igual modo, existem as Políticas Públicas que são consideradas um conjunto de ações por parte do Estado que objetivam a resolução de um conflito presente no meio social. Assim, serão consideradas políticas públicas quando o Estado, através da União, Estados e Municípios, planejar e estabelecer metas com o intuito de beneficiar a população. Entretanto, a população deve estar atenta para que sejam realizadas políticas públicas úteis para o povo (CENTRO DE REFERÊNCIAS EDUCAÇÃO INTEGRAL, 2013, p. 1).

Além disso, as políticas públicas podem ser analisadas como uma sequência de atos. “O ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação”. Com o intuito de se definir como o governo estabelece suas agendas, tem-se três respostas. A primeira, tem foco nos problemas presentes na sociedade, bem como sintetiza se há a necessidade de se fazer algo sobre eles. A segunda é especificamente sobre a política pública, como se deve enfrentar tal problema da sociedade. A terceira tem seu foco nos participantes (SOUZA, 2006, p. 1).

Verifica-se, portanto, que as políticas públicas também são armas importantes que devem ser utilizadas para combater o sofrimento a que são submetidas as gestantes e mães presidiárias,

haja vista que, através delas, existe a possibilidade de criação de projetos direcionados à construção dos locais necessários nos presídios, a fim de melhorar a qualidade de vida e desenvolvimento das crianças que lá residem na companhia de suas genitoras.

No mais, poderiam ser desenvolvidas políticas públicas por parte dos municípios onde estão localizadas as casas prisionais com o intuito de melhorar o atendimento médico dado as presidiárias gestantes e seus filhos, bem como realizar projetos que visem passar conhecimento as apenadas sobre a ingestão de entorpecentes durante a gravidez, visando sempre o bom desenvolvimento do feto, evitando que venham a ocorrer imperfeições que possam dificultar sua vida futura.

Poucas são as políticas públicas direcionadas especificamente aos presídios femininos. Assim, é necessário que o Estado se engaje na busca pela implementação de políticas públicas eficazes, objetivando a concretização das garantias constitucionais inerentes as mulheres presidiárias e seus filhos.

Considerações Finais

As garantias do exercício da maternidade no cárcere estão distribuídas por todo o ordenamento jurídico brasileiro e em tratados internacionais. Um dos princípios básicos do direito é o inserido no artigo 5º da Constituição Feral, o qual preceitua que a pena não deverá passar do condenado, entretanto, quando se está diante da realidade atual, sendo a criança colocada no meio prisional despreparado, se acaba infringindo o que a Constituição Federal salvaguarda.

Dentre as tentativas de melhoria nas condições das apenadas gestantes, puérperas e que já possuem filhos, está o *Habeas Corpus* coletivo do Supremo Tribunal Federal, que determina a concessão de prisão domiciliar as mulheres presas preventivamente e que se enquadrem nas condições supramencionadas. Há de ser reconhecido que se trata de passo importante em direção a

mudança das mulheres presas preventivamente, no entanto, assim como todas as decisões tomadas, existem opiniões favoráveis e desfavoráveis.

Nesse sentido, algumas opiniões questionam o cabimento do *Habeas Corpus*, já que destinado a um grupo indeterminado de pessoas, a fim de conceder uma ordem coletiva. De outro lado, a decisão é vista como ensejadora de insegurança jurídica, visto que não estabelece a quem deve ser aplicada, cabendo ao magistrado realizar a análise, sendo que a não concessão de prisão domiciliar deve ser fundamentada. Ainda, concordar com a concessão de prisão domiciliar de forma coletiva, sem que seja feito um estudo do caso concreto, é consentir com a ideia de que a criança pode ser facilmente inserida no meio criminoso.

Sendo assim, a Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – APAC, o Conselho da Comunidade, a Pastoral Carcerária, e as Políticas Públicas, são possibilidades que podem ser utilizadas com o objetivo de proporcionar uma melhor qualidade de vida às gestantes, mães e seus filhos, que são obrigados a conviver diariamente em condições insalubres e de extrema vulnerabilidade.

Referências

BRASIL. Código Penal, de 07 de dezembro de 1940.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Trata das regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil. Disponível em <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 143641. Paciente: Todas as mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ricardo Lewandowski. São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CENTRO DE REFERÊNCIAS EDUCAÇÃO INTEGRAL. Políticas Públicas. Disponível em: <<http://educacaointegral.org.br/glossario/politicas-publicas/>> Acesso em: 03 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

FARIA, Ana Paula. *APAC: Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296>. Acesso em: 30 abr. 2018.

GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF*. Consultor Jurídico, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>. Acesso em: 26 abr. 2018.

LORDELO, João. *O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF: comentários ao julgamento do HC nº 143.641*. João Lordelo, 03 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/03/03/O-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprud%C3%Aancia-do-STF-coment%C3%A1rios-ao-julgamento-do-HC-n%C2%BA-143641>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MELLO, Daniela Canazaro de. *A maternidade no meio prisional: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2016.

MENDES, Gilmar. *Maternidade livre, direitos efetivados – O Habeas Corpus coletivo 143.641*. Consultor Jurídico, 07 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>>. Acesso em: 26 abr. 2018

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Conselhos da Comunidade*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/ouvidoria-1/conselhos-da-comunidade>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Conselho da Comunidade*. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-65.html>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Silva de. *Regras de Bangkok e encarceramento feminino*. Canal Ciências Criminais. 2017. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/>> Acesso em: 25 abr. 2018.

PASTORAL CARCERÁRIA. *O que é a Pastoral Carcerária*. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/a-pastoral-carceraria>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. *BH é a primeira capital brasileira a receber Apac Feminina*. Belo Horizonte, 19 dez. 2017. Disponível em: <<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/bh-e-primeira-capital-brasileira-receber-apac-feminina>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9pX_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358> Acesso em: 25 abr. 2018.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. 2006. Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/ao3n16>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

TABORDA, Diogo. *Artigo: Promotor critica decisão da justiça por dar habeas corpus coletivo as mulheres grávidas*. Farrapo, 21 fev. 2018. Disponível em: <http://www.farrapo.com.br/noticias/2/19556/ARTIGO-Promotor-critica-decisao-da-justica-por-dar-habeas-corpus-coletivo-as-mulheres-gravidas.html?link=achados_perdidos>. Acesso em: 26 abr. 2018

Crime de estupro e sentença judicial: Os estereótipos de gênero e a (im)parcialidade do julgador frente análise do comportamento da vítima

Adriana TramontiniBicigo

Rodrigo Graeff

1 Introdução

A presente pesquisa se debruça sobre uma análise da imparcialidade do julgador diante do comportamento da vítima em crimes de estupro, buscando verificar se os estereótipos de gênero oferecem obstáculos a concretização das funções vinculadas ao Magistrado. A pesquisa parte da hipótese de que a reprodução desses estereótipos na esfera judicial afeta o imaginário do julgador, que objetifica a personalidade da vítima em crimes de estupro, ainda que de forma avessa ao exercício da lei que fundamenta a prestação jurisdicional.

Para tanto, faz-se necessário verificar como a sociedade se organiza historicamente na produção de papéis previamente selecionados aos indivíduos de acordo com as indicações de gênero. Isso permite verificar de que forma esses mesmos estereótipos podem nortear julgamentos no direito penal brasileiro voltados aos crimes sexuais, quando a vítima aparentemente não se encaixa nesses padrões estigmatizantes.

A abordagem do problema da presente pesquisa se justifica a partir da necessidade de identificar acidentes que acabem por induzir o julgamento dos crimes sexuais para esteiras não comportadas pelo discurso jurídico. Há que se atentar ao fato de que não apenas a segurança jurídica como os próprios fundamentos da decisão jurídica terminam ameaçados diante de decisões norteadas por elementos avessos aos limites da lei.

Afastando-se das interpretações jurídicas acerca do problema, as projeções sociais também se mostram tendentes ao desenvolvimento de estigmas, o que pode, igualmente, afetar as relações sociais, motivo pelo qual o desenvolvimento da presente pesquisa se mostra necessário às análises críticas do Direito como garantia da justiça e da cidadania.

2 O estupro como crime gênero

A evolução paulatina dos ordenamentos jurídicos e da vida em sociedade, ensejou o estigma da mulher como fruto da propriedade familiar, sendo transferida sua titularidade para o esposo. Com a consumação do casamento, a punibilidade do estupro decorria pela violação do direito de propriedade, pois a mulher era apenas objeto de direito (ROSSI, 2016, p. 41-42).

De acordo com Michelle Perrot (2007, p. 83-84), os sagrados textos bíblicos difundem a coisificação do feminino, refletindo e reproduzindo as ideologias da época, e apesar de não serem legislações jurídicas vigentes, influenciaram sua elaboração, e construção da cultura social por diversos séculos. Em diversas passagens, a mulher é vista como uma figura secundária e submissa, detentora de direitos apenas quando convinham aos homens, sendo que a hierarquia concebida pela sociedade parecia pertencer a uma ordem natural. A evolução do pensamento racional e a decadência paulatina do pensamento religioso geraram radicais mudanças nas ciências jurídicas, colocando a lei no centro

do debate e no controle da punibilidade exercida pelo Estado (GILSEN, 2003, p. 291).

Na conjuntura do delito de estupro, em consonância com as mudanças político-sociais, houve uma alteração de paradigma, passando a ser uma violação sexual, fortemente ligada a imagem honrosa da família. A preocupação com os danos causados a vítima não são fonte de preocupação do legislador, pois o sustentáculo da transição é a pureza da mulher. A família era a real ofendida pela violação (ROSSI, 2016, p. 42). Muito embora o estupro tenha recebido a tutela de violência sexual, esse era resolvido entre homens, tendo em vista que as mulheres eram propriedades patriarcais:

No século XVI, o crime de estupro passou a ser visto como de violência sexual, encarada, por sua vez, como roubo da castidade e da virtude. Entretanto, pelo fato de esposas e filhas serem vistas perante a lei como propriedade patriarcal, a prática dos tribunais continuou a tratar o estupro como um crime a ser resolvido entre os homens (VILHENA e ZAMORA, 2004, p.115).

Diante desse quadro, as denúncias eram escassas, pois a mácula a honra da mulher e de sua família eram maiores que a repressão à violência, assumindo uma carga negativa quíçã maior que do agressor. Portanto, a eficácia dos procedimentos era mitigada, muito pela falta de acervo probatório e incentivo em investigar as violações (VIGARELLO, 1998, p. 21). Em razão da cada vez mais acentuada decadência da influência da Igreja nas relações de poder, o delito do estupro se afastou das ideias de pureza e pecado. Todavia, no seio cultural e jurídico, ainda permanece a repressão na conduta da vítima, com a ineficácia dos processos judiciais (VIGARELLO, 1998, p. 147).

A partir do século XIX que algumas mudanças significativas na abordagem do delito foram implementadas, pois além do aumento do número de denúncias, buscou-se classificar e ramificar diversas formas de violência sexual, como o atentado violento ao

pudor. Ademais, a vítima entrou no centro do debate, reconhecendo a violência moral exercida pelo agressor, através da relação de domínio (MANFRÃO, 2009, p. 15 apud VIGARELLO, 1998, p.167).

Atualmente, o estupro tem previsão legislativa no art. 213 do Código Penal, classificado como “crime contra a dignidade sexual”, a fim de adequar-se a realidade social, como ramificação do princípio regente da dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2013, p.28). A visão originária de “crimes contra o costume” não foi recepcionada pelo legislador, que abandonou o conservadorismo e a moralidade incompatível com as novas exigências sociais, bem como com o texto constitucional, já em vigor há vinte anos (ROSSI, 2016, 59-60).

Assim, as relações de poder que imperam no delito de estupro são fruto de um contrato social, consolidado na opressão da mulher, a partir de determinados padrões de comportamento erigidos nas relações de gênero, culturalmente pactuadas. É nessa conjuntura que, impulsionado pelo movimento feminista, a conceituação de gênero ganhou novos paradigmas, através do alargamento do seu significado primário, questionando o determinismo biológico historicamente construído no seio das relações sociais (ANDRADE, V., 2003, p.01).

Até então, havia uma relação linear entre o conceito de gênero e sexo, com imposição de identidades fixas, que determinavam previamente os papéis desempenhados pelos indivíduos na sociedade. Muito embora essa visão tenha predominado nas relações sociais até meados do século XIX, foi sendo mitigada, com forte impulso da crítica feminista no século XX, com a reformulação do conceito de gênero, as quais “as diferenças sexuais seriam naturais, isto é, determinadas pela natureza e função biológica dos indivíduos, enquanto que as diferenças de gênero seriam construídas culturalmente” (ALMEIDA, 2002, p. 90- 91).

É nesse ponto que se insere Judith Butler, percursora do movimento pós-estruturalista, e tem marco inicial na premissa de que o sujeito feminino não figura mais como um termo estável, conforme foi pregado pelo discurso feminista inaugural, pois “a divisão de sexo/gênero funciona como uma espécie de pilar fundacional da política feminista e parte da ideia de que sexo é natural e que o gênero é socialmente construído” (RODRIGUES, 2005, s/n). A dicotomia entre sexo e gênero, como uma categoria definitiva, é o que a autora visa combater.

Tendo em vista que as estruturas que legitimam a construção do sujeito feminino são vinculadas a um poder político, as práticas de exclusão na formação do sujeito são criadas e omitidas pelo próprio poder que as legitima, operando uma naturalização dessa condição quando inseridas na sociedade (BUTLER, 2003, p. 19). O arbítrio do sujeito, independentemente do sexo, de tornar-se homem ou mulher, é condicionado ao meio cultural qual está inserido, não sendo, a toda evidência, uma escolha livre de imperatividade, de modo que o corpo não está isento de significados culturais.

Dessa forma, para Judith Butler (2003, p. 24-25) a descrença de um sistema sexual binário (homem e mulher), decorre da impossibilidade de compor uma identidade plena entre gênero e sexo, um como reflexo do outro. O gênero não deve ser concebido como mera identidade constituída em um sexo previamente definido, pois é um termo fruível na perspectiva do corpo feminino e masculino, de modo que podem “significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino [...]”.

Nesse toar, a opressão da mulher vem consubstanciada no patriarcado, fruto de um contrato social, que cria a liberdade do homem e a dominação da mulher. Todavia, referida liberdade é condicionada ao próprio sistema que o regula, pois aos homens é imposto que aceitem a figura paterna para assegurar sua liberdade, assim como para assegurar o acesso ao corpo da mulher. Por

excelência, é direito político e sexual, que é concebido no seio das relações familiares e contamina a estrutura do Estado (SAFFIOTI, 2004, p. 53-54 apud PATEMAN, 1993, p. 49).

Esse sistema é sustentado por diversas instituições que visam reforçar na ordem econômica, religiosa, cultural, que a mulher é submissa e dependente do homem, em razão da suposta inferioridade biológica, cujos reflexos se projetam nas mais diversas relações sociais (MENDES, 2012, p. 102 apud FACIO, 1999).

O patriarcado tem sua origem atribuída à monogamia e ao casamento burguês, que por sua vez, remonta a reprodução humana ocorrida entre os membros de um mesmo grupo, que com o passar do tempo abrangeu tribos diversas, diante da necessidade de firmar a sobrevivência dos grupos, a fim de fortalecer as redes de parentesco e proporcionar a pacificação social (NARVAZ, 2005, p. 23).

Dessa forma, o sistema de parentesco reflete empiricamente a construção e reprodução do socialmente pactuado de sexo/gênero, concebendo a organização social da sexualidade, e não aponta, necessariamente, para uma relação biológica, pois “é antes um sistema de categorias e status que muitas vezes contradiz as relações genéticas reais” (RUBIN, 1993, p. 07). Em decorrência disso, a sexualidade não seria um aspecto natural, eis que sexo e gênero são produtos sociais, que estabelecem pré-condições para o sistema de trocas, sendo a heterossexualidade e opressão da mulher requisitos de admissibilidade, impostos no seio familiar (RUBIN, 1993, p. 11).

Por óbvio, o casamento foi o principal condutor do sistema de trocas, sendo a mulher o produto dessa relação, criando um vínculo de confiança e solidariedade entre os parceiros, representando um comércio social (RUBIN, 1993, p. 08 apud MAUSS, 1988). Essa transação implica uma relação assimétrica, conferindo aos parceiros de troca os benefícios dessa circulação, uma vez que a mulher não figura como membro dos grupos em que a troca é realizada, pois é um mero objeto (STRAUSS, 1982, p. 155).

Assim, o parentesco criaria o gênero, sendo um dos requisitos prévios para a celebração do casamento, mediante a instauração das diferenças culturais decorrentes das dicotomias biológicas. O sistema de parentesco, portanto, varia de acordo com o eixo cultural, e impõe a heterossexualidade, através da divisão sexual do trabalho e regulação social da sexualidade, podendo-se concluir que “[...] o gênero é um imperativo da cultura, que opõe homens e mulheres através do parentesco” (PISCATELLI, 1988, p. 310-311).

Muito embora a visão contemporânea do patriarcado tenha alterado sua configuração original, as premissas que lhe impulsionaram ao longo dos séculos foram cristalizadas, exercendo influência descentralizada nas relações familiares, corolário do direito natural do homem em exercer poder sobre a mulher (NARVAZ; KOLLER, 2006, p. 50). Nessa conjuntura, tratando-se de uma relação de poder, que perpassa por uma ideia de domínio, o estupro é classificado como uma violência de gênero, que induz “[...] relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas” (TELES; MELO, 2002, p. 18).

Essa prática corresponde tanto aos homens, quanto as mulheres, sendo reiterada ao longo das gerações, como expressão de atos violentos praticados no ambiente familiar ou nas relações sociais (TELES, 2002, p. 24):

Importante destacar que a prática da violência de gênero é transmitida de geração a geração, tanto por homens quanto por mulheres. Basicamente, tem sido o primeiro tipo de violência em que o ser humano é colocado em contato de maneira direta. E ela torna-se de tal forma arraigada no âmbito das relações humanas que é vista como se fosse natural, como se fizesse parte da natureza humana.

A autora Martha Narvaz (2005, p. 42), em alusão a Berger & Luckmann (1966), refere que “os papéis estereotipados de gênero veiculados pela cultura através da família tornam invisível tanto a

produção e a reprodução da subordinação feminina (forma de violência simbólica e de gênero), quanto a violência física”.

Em decorrência disso, é que cerca de 88,5% das vítimas de estupro são do sexo feminino, conforme dados técnicos fornecidos pela Nota Técnica nº 11, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2014), caracterizando, por excelência, um crime de gênero. Estima-se que a cada ano, cerca de 0,26% da população brasileira seja alvo de violência sexual, o que resulta em 527 mil casos, os quais apenas 10% chegam ao conhecimento das autoridades. A estatística oculta se dá em razão do discurso patriarcal que se impõe na sociedade, invertendo o ônus da culpa do agressor para a vítima, o que implica no reduzido número de denúncias (ROSSI, 2016, p. 34).

Com efeito, o aparato punitivo não tem o condão de proteger as mulheres da dominação masculina nas relações de gênero, pois acentua e inverte a lógica acusatória, desmoralizando-a, mesmo quando vítima do delito (ANDRADE, C.. 2016, p. 19 apud ANDRADE, V., 2012, p. 131-132). A ineficácia do sistema, portanto, agrava a violência contra a mulher, pois além de não ser capaz de prevenir a transgressão, desvaloriza as condições de gênero que institucionalizam o abuso, geralmente ocorrido no âmbito doméstico e familiar:

[...] O sistema penal centrado no “homem” (androcêntrico) invariavelmente produziu o que a criminologia feminista identificou como dupla violência contra a mulher. Em um primeiro momento, invisibiliza ou subvaloriza as violências de gênero, ou seja, as violências decorrentes normalmente das relações afetivo-familiares e que ocorrem no ambiente doméstico, como são a grande parte dos casos de homicídios, lesões corporais, ameaças, injúrias, estupros, sequestros e cárceres privados nos quais as mulheres são vítimas. No segundo momento, quando a mulher é sujeito ativo do delito, a criminologia feminista evidenciou o conjunto de metarregras que produzem o aumento da punição ou o agravamento das formas de execução das penas exclusivamente em decorrência da

condição de gênero (ANDRADE, C., 2016, p. 19 apud ANDRADE, V., 2012, p. 131; CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 152).

A esfera criminal, portanto, é um sistema de controle social seletivo, que acentua as assimetrias entre homens e mulheres no discurso institucional, gerando em certo grau, uma violência contra a vítima. A mulher, além de ser sofrer o impacto da violência sexual empregada pelos homens, acaba sendo sujeito passivo do discurso estrutural, e dos estereótipos gerados e reiterados nessa institucionalização (ANDRADE, V., 2004, p. 86)

A esterilidade do sistema penal é corolário da cultura do estupro, que implica na formação de crenças e normas comportamentais que impõem a carga da culpa sobre a vítima, colocando em pauta a honestidade, banalizando a prática criminosa, e criando condutas socialmente aceitas, que limitam o corpo e as vontades da mulher (ROSSI, 2016, p. 98).

Assim, diversas normas de caráter subjetivo foram delimitadas a fim de verificar a moralidade da mulher, ensejando uma objetificação da mesma, valorando seu comportamento a partir de padrões patriarcais:

A maioria dessas normas está calcada na noção de que o valor da mulher como ser humano está atrelado a uma lista de condutas que envolvem, frequentemente, uma moralidade relacionada à sexualidade. O problema está na subjetividade desse conjunto de condutas e na maneira como elas se prestam a controlar o corpo, a liberdade e a sexualidade da mulher. A existência dessas normas já caracteriza uma falta de direito da mulher sobre o próprio corpo e suas vontades. A partir daí, socialmente aceita-se que ela seja desumanizada e seja vista como um objeto. É por isso que há a ideia de que existem mulheres “com valor” e “sem valor” - só objetos perdem valor (FREITAS, 2016).

Sendo o direito penal um campo simbólico para a formação e adequação de valores, é primordial que as situações que violem os direitos das mulheres sejam alvo da regulação do Estado, para

que esse possa intervir nas estruturas sociais (ANDRADE, C., 2016, p. 20 apud CAMPOS, 1998, p. 53-54).

É nesse paradigma que se insere a criminologia feminista, que tem como escopo visibilizar os altos índices de violência contra a mulher no controle penal exercido pelo Estado. Em um primeiro momento, a teoria feminista denunciou o discurso machista no âmbito acadêmico, que além de excluir as mulheres da produção científica, impugnou premissas basilares como a neutralidade, objetividade e universalismo. Passado esse momento, verificou-se a necessidade de formular categorias e discursos teóricos próprios, pois a mera inserção da perspectiva feminista em discursos apartados das questões de gênero não contemplava a totalidade da experiência da mulher, em razão de serem alvo de produção do sexo masculino (ANDRADE, C., 2016, p. 17 apud BANDEIRA, 2008, p. 207-208; HARDING, 1993, p. 7-8).

Na seara punitiva, a instauração da criminologia feminista denunciou o sexismo operado nos discursos estruturais tradicionais, que excluem a participação da mulher, e propiciou a formação de uma nova criminologia, em um viés estritamente feminista (ANDRADE, C., 2016, p. 18, apud CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 151).

Dito isso, enquanto a criminologia crítica visava denunciar a desenfreada expansão do controle penal, a criminologia feminista, por outro lado, buscava permear-se de um discurso punitivista, mediante “agravamento das possibilidades das punições, a ampliação do rol de condutas criminalizadas, a inserção de novas hipóteses qualificadoras, [...], tudo afim de que a legislação penal garanta a segurança feminina” (ANDRADE, C., 2016, p. 20). Nesse toar, os autores Carmen de Campos e Saulo de Carvalho (2011, 165-166) tecerem significativas considerações sobre a temática:

É incompreensível, portanto, que a criminologia tenha ignorado por décadas as análises feministas e que tenha se preocupado com esta nova forma de enfrentar os problemas do sistema penal apenas quando em questão a necessidade de responsabilização

dos homens pelas violências contra as mulheres. Isto tudo porque não é aceitável – para um modelo de pensamento criminológico que se intitule crítico – o tradicional olhar androcêntrico que demonstra complacência com os danos provocados às mulheres quando atoras ou vítimas de delitos. A criminologia tem-se recusado a ouvir as mulheres, e quando o faz, não apoia ou valoriza o projeto feminista, mas valoriza e legitima “certas posições dentro do feminismo acadêmico, posições que acomodam os interesses pessoais do crítico ou as preocupações teóricas androcêntricas, ou ambas”. (LAURETIS,1994:232). Por outro lado, o feminismo criminológico incorporou de maneira significativa as contribuições da criminologia crítica, inclusive avançando no debate sobre os riscos da utilização do sistema penal por parte das mulheres (SMART, 1995; GELSTHORPE, 2002; LARRAURI, 2007).

Dessa forma, o combate da violência de gênero perpassa pela necessidade de combater a dominação patriarcal institucionalizada, que no âmbito do Poder Judiciário é impulsionada e consolidada, juntamente com as relações de gênero, em um viés violento, implicando em afrontas a liberdade sexual da mulher.

Ao direito é incumbido exercer função ordenadora, coordenando interesses, compondo conflitos e harmonizando as interações sociais, a fim de garantir a máxima eficácia dos interesses da coletividade, com o mínimo de sacrifício. É uma forma de controle social, “entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição de modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos [...]” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 25).

O direito, dessa forma, é construído pela atividade humana, na elaboração das normas que regulam os interesses prevalentes para criar, delimitar, extinguir padrões de legalidade, repressão, permissão, assim como eleger os valores que delimitam a atividade normativa (LEAL, 2014).

Com a formação do Estado moderno, houve o monopólio da criação do direito, com a imposição de um terceiro (juiz) que resolverá a controvérsia com uma decisão sancionadora (pena). Ao juiz é imposto que decida de acordo com as normas emanadas pelo Poder Legislativo, ou aquelas que possam ser objeto de reconhecimento do Estado, como os costumes (BOBBIO, 2006, p. 27-29).

Considerando a relação jurídico-processual formada entre o acusador (Ministério Público), réu (autor do fato) e juiz, a imparcialidade assume papel imprescindível para o desenvolvimento do processo, e obtenção de uma decisão justa, pois afirma a posição de terceiro assumida pelo Estado (LOPES JR., 2016, p.62). Nesse ponto, apenas as provas contidas no processo visam formar o convencimento do juiz, que elegerá as hipóteses apresentadas pela defesa e acusação, culminando em uma decisão repleta de carga ideológica (LOPES JR., 2016, p. 358). Considerando que o juiz é um ser no mundo, um discurso cartersiano¹, voltado à razão, é frequentemente encontrado no universo jurídico, barrando os impulsos emocionais e as preferências ideológicas do julgador, tudo a fim de criar uma aparência de neutralidade, e legitimar o discurso punitivo (DIVAN, 2010, p. 59-60).

Nesse toar, é na sentença criminal que o juiz se pronunciará sobre o objeto do processo penal, aplicando uma pena ou absolvendo o autor do fato. A mera alegação que a sentença judicial decorre de um resultado lógico, de um ato de inteligência, não parece medida válida à luz cognição humana, que sofre interferências de ordem emocional (DIVAN, 2010, p. 66 apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 832-834).

Dessa forma, muito embora sobrevenha a condenação do autor do fato, a objetificação da mulher é também produto da sentença

¹De acordo com Gabriel Divan (2010, p. 20-21), o carterianismo decorre do pensamento de Descartes, cuja a base está sobre a Razão humana, através da qual seria possível obter respostas verdadeiras. Dessa forma, refere que “A construção do esquema cartesiano é, dessa maneira, inteiramente arquitetada para uma concepção racionalista, não apenas de metodologia científica, mas, sim, como base para uma própria filosofia do conhecimento.” (DIVAN, 2010, p. 25).

criminal, que põe em voga a conduta moral da vítima, objeto de reiteração durante todo o curso processual, seja na fase investigativa ou judicial. O julgador, carecendo de elementos objetivos que desqualifiquem o comportamento da vítima, incorpora os estereótipos de gênero arraigados no discurso judicial e cultural, valorando a conduta moral da violentada, sem qualquer conteúdo jurídico que legitime a exposição de motivos (SILVA, D., 2010).

Na temática sexual, o envolvimento psíquico do julgador ganha novos contornos, pois o imaginário e o desejo despertados pelo caso penal opõem-se a razão cartersiana, sendo guiado por uma racionalidade maquiada, influída pelo inconsciente, de modo que a decisão judicial sofre influências estranhas ao jogo processual, exatamente quando o julgador deveria adotar comportamento neutro (DIVAN, 2010, p. 141-142). Em decorrência disso, a fim de evitar os impulsos ideológicos do juiz, é que despontou a necessidade de motivar as decisões judiciais, para controlar a racionalidade empregada na imposição da pena (LOPES JR., 2016, p. 878-879).

A racionalidade, por sua vez, não é produto exclusivo do cartesianismo, onde há uma clara separação entre o ato de pensar e o corpo do julgador. Ao contrário, a racionalidade é intrínseca a uma parcela subjetiva, de modo que “o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos [...]. A fundamentação das decisões é instrumento do controle da racionalidade e, principalmente, de limite de poder” (LOPES JR., 2016, p. 879-880).

Na imposição da pena, passada a formação do convencimento do julgador e a consolidação da materialidade e autoria delitiva, há a necessidade da imposição de uma sanção, e em razão da margem de escolha ofertada ao juiz, é primordial indagar quais os fundamentos utilizados na individualização da fixação da pena. Isso porque, a liberalidade abre espaço para abusos, podendo revestir-se de arbitrariedade (BOSCHI, 2013, p. 161).

Assim, ao aplicar o art. 59 do Código Penal², o juiz deve atentar-se aos requisitos como a culpabilidade, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime, além de outros, como o comportamento da vítima. Destarte, os elementos contidos no texto legal são circunstâncias judiciais, que conferem ao aplicador da lei certa margem de liberdade para estabelecer os valores dessas, não possuindo uma carga concreta (BOSCHI, 2013).

Em relação ao comportamento da vítima, esse foi incluído como uma circunstância judicial em razão de delimitados avanços da vitimologia, devendo ser aplicado com a devida ressalva, conforme bem levantado por José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 178):

O juiz deve analisar a circunstância do comportamento da vítima com muito cuidado para evitar, como adverte Leonardo Massud, que a “mitigação da pena sirva à intolerância em relação à opção sexual – homossexual agredido por exteriorizar, tal como o heterossexual, seu afeto pelo(a) companheiro(a) – religiosa e racial (indivíduo de uma determinada religião ou raça que caminha por um bairro predominantemente povoado por outros de uma religião ou raça distintas) ou clubista (indivíduo que torce para determinado clube de futebol que apenas caminha perto da entrada da torcida de outro clube no dia de jogo).

Outrossim, somente com o advento da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que foi instituído o comportamento da vítima como objeto da construção da pena-base integrante no artigo 59 do Código Penal, sendo que os fundamentos utilizados pelo legislador podem ser encontrados na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, cuja transcrição se faz: “fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta

²Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Alterado pela L-007.209-1984).

criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes” (DIAS, 2011, p. 09).

Isto posto, verifica-se que a honestidade é fundamento ímpar na justiça brasileira, onde há uma linear divisão entre as mulheres “honestas”, que merecem receber a tutela de vítimas, e aquelas “desonestas”, rechaçadas pela tutela penal, diante da inadequação aos padrões de comportamento morais esperados pela Instituição, produto do patriarcado (ROSSI, 2016, p. 87-88 apud ANDRADE, V., 1999).

De fato, os elementos que circundam a “provocação da vítima” remetem a uma ideia de um direito penal desajustado com a evolução social, legislativa e jurídica, contudo, não é difícil encontrar conceitos como moral, pudor, ainda presentes no discurso atual. Por óbvio, esses pensamentos implicam em certos padrões de comportamento, como vestimentas fora dos padrões morais, que enquadram a “justa provocação” da vítima, autorizada pelo Código (DIAS, 2011, p. 20-21).

Dessa forma, através de um giro constitucional, não pode ser qualquer conduta exercida pela vítima que implique no aumento da pena-base, mas somente aquela auferida por exames de ordem psicológica, e a partir de um vasto acervo probatório, sem se atrelar a parâmetros morais patriarcais, rançosamente arraigados no pensamento massificado.

Em que pese seja ordinária a inferiorização da vítima nos Tribunais de Justiça, é de difícil constatação encontrar exemplos em que a mesma induza o agente na prática do delito sexual. A conduta lasciva da vítima, quando constatada, implica “diretamente na formação do entendimento de juízo, [...] estando presente na totalidade dos casos, de forma que seja tão importante quanto a análise dos outros critérios atrelados ao delinquente” (DIAS, 2011, p. 21).

Essa linha de raciocínio é alvo de análise de Irina Maria Dias (2011, p. 21):

Por outro lado, é tênue a linha que separa esta análise criteriosa do comportamento da vítima da imputação a esta da “culpa” pelo acontecimento do delito. O que se busca é, como alhures já mencionado, derrubar qualquer tipo de pré-etiquetamento que possa existir em relação aos delitos sexuais.

Assim sendo, quando o magistrado se depara com um crime contra a liberdade sexual, a decisão do processo é intrínseca ao psíquico do julgador, pois afasta-se do modelo cartesiano, não sendo possível desprender o sujeito da decisão que profere, e é nesse cenário que “tornam-se presentes as próprias fantasias, frustrações, temores, prazer. Ou seja, ao falar de crimes sexuais, por maior que seja a busca do possível distanciamento [...] sempre explode a minha sexualidade” (DIVAN, 2010, p. 141 apud CARVALHO, A., 2004, p. 101).

Malgrado seja entendimento de vasta parcela da sociedade e dos próprios operadores do direito, que o julgador seja enquadrado como um “homem médio”, afastando qualquer manifestação de ordem subjetiva, emerge a possibilidade deste proceder padrões de escolha diversos de sua própria individualidade, elegendo aquela que melhor se coadune com os anseios sociais esperados pela posição que ocupa (DIVAN, 2010, p. 159 apud MORAIS DA ROSA, 2006, p. 284).

A respeito da atividade judicial desempenhada pelo operador da lei, considerações foram tecidas:

O fanatismo jurídico em operar tendo-se em vista, sempre e quase somente, padrões ideais e modelagens abstratas termina por criar uma forma empática de se vislumbrar a atividade judicial, seguida pela maioria e passível de tolerar poucos registros desviantes. O que termina ocorrendo é um afogamento pessoal em meio à impessoalidade (re)legada ao ofício jurisdicional, o que leva o julgador a buscar identificação máxima com o encaixe que dele se espera enquanto representante de uma função, e portanto, de um perfil (Wolkmer) (DIVAN, 2010, p. 160).

Dessa forma, a Toga absorve o magistrado, sendo um “[...] símbolo do status do julgador, uma vez que evidencia (mais, ainda) a separação entre quem integra efetivamente o ritual (e nele dispõe de fala, poder) e aqueles que não: [...]” (DIVAN, 2010, p. 161 apud GAROPAN, 1999, p. 75-76).

O moralismo empregado pelo operador da lei flui livremente no discurso da Toga, de modo que a violência imprimida no decisório é autorizada, pois não provém de um ser humano ordinário, mas daquele que detém um poder místico no exercício do poder. A Toga integra a própria essência do julgador no discurso judiciário, e autoriza qualquer violência (DIVAN, 2010, p. 162 apud GAROPAN, 1999, p. 86).

Esse quadro somente pode ser alvo de fiscalização através da fundamentação, quando será possível avaliar a racionalidade empregada pelo julgador na decisão, legitimando o saber em detrimento do poder. A razão prestigiada é aquela que não separa a racionalidade dos sentimentos e emoções, que ultrapassa os limites cartesianos, de modo que, “[...] o poder judicial somente será legitimado enquanto aparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis” (LOPES JR., 2016, p. 879-880).

Nos crimes que tutelam a liberdade sexual, todos os segmentos relacionados a sexualidade, afetividade e vida familiar da vítima serão objeto de investigação, sendo que há uma hierarquização do merecimento da justiça entre aquelas mulheres consideradas honestas e desonestas, como se fossem menos importantes (ROSSI, 2016, p. 88 apud LIMA, M., 2012, p. 19).

No discurso jurídico é que os padrões estereotipados de comportamento são exteriorizados, mesmo que inconscientemente, e o controle da sexualidade da mulher é normalizado em um certo aspecto, criando parâmetros de conduta aceitáveis pela sociedade, que implicarão em uma visão de vítima genuína (BARROS, 2014, p. 1188). Os estereótipos de gênero agem, na mesma medida, tanto sobre a vítima, como sobre o acusado,

recebendo tratamento similar, independentemente das posições que ocupam dentro do jogo processual (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1993, p. 83).

De acordo com Danielle Silva (2010), são os estereótipos de preconceitos de gênero arraigados e praticados diariamente, que induzem o magistrado em valorar negativamente o comportamento da vítima. Ao serem externados na sentença criminal, carecem de conteúdo jurídico, pois “não é possível motivar, na forma da lei, padrões de comportamento ‘exigíveis’ da vítima, porquanto eivados na subjetividade do operador”. Destoante, assim, é a função idealizada do sistema, mediante combate da criminalidade e geração de segurança jurídica, com a realidade cotidiana deste, que reproduz as assimetrias sociais, especialmente nas categorias de gênero, ao proferir sentença penal.

Em relação à mulher, a lógica da honestidade pode ser vislumbrada na redação original do Código Penal de 1940, numa série de disposições (art. 214, 215 e 220), que interpretavam como inadequado o comportamento da vítima, quando não a consideravam responsável pela violação cometida, buscando desqualificá-la e imputar características pessoais negativas, com o objetivo de torná-la merecedora da violência (BARROS, 2014, p. 1187-1188).

Assim, a reprodução das categorias de gênero no judiciário obedece aos padrões edificados no patriarcalismo, com imposições prévias de condutas esperadas e aceitáveis aos homens – másculos, dominadores, e às mulheres – recatadas. Qualquer desvio da padronização acarreta a severas críticas e discriminações, que são refletidas na máquina judiciária. A categorização é inevitável (ANDRADE, V., 2003, p.01-02). Malgrado a construção do gênero oprima homens e mulheres, esta recai incisivamente, e se consolida fortemente na figura do feminino (LIMA, R., LIMA, M., 2013)

No Judiciário, opera-se uma inversão quanto aos crimes atentatórios à liberdade sexual: nas demais espécies delitivas, a figura do homem é severamente censurada, como se o direito penal fosse criado para coibir atos próprios da sua natureza

delinquente. Nos delitos sexuais, por outro lado, é a figura da mulher que é posta em jogo, não propriamente como precursora da ação penal, mas como se responsável pelo fato fosse. Vejamos:

[...] o julgamento de um crime sexual - inclusive e especialmente o estupro - não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é - ao lado do status familiar - uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. Regra geral, o conjunto probatório nos processos de estupro é extremamente frágil, limitando-se à prova pericial e testemunhal ou esgotando-se, muitas vezes, no depoimento da vítima. Isto é facilmente compreensível pelas circunstâncias em que ocorrem (ANDRADE, V., 2004, p.91-92).

Embora o ordenamento jurídico tenha evoluído, mediante a nova redação dada à temática, os esforços do legislador não ultrapassaram os limites da positivação: uma coisa é modificar entabulado, outra é o raciocínio e os preconceitos enraizados no seio social. O artigo 213, do Código Penal, que regula o crime de estupro, possui a seguinte descrição típica: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

No delito em questão, ante a nova sistemática adotada pelo legislador, não há imposição de sexo quanto aos sujeitos ativo e passivo, tampouco limitação à efetiva conjunção carnal. Esse novo paradigma obriga a comunidade a ver o estupro sob nova ótica, para além da visão utilizada no decorrer da história. Veja, apesar de o tipo legal estar vazio de juízos de valores negativos, diante da construção social pautada na coisificação do feminino, o Judiciário

brasileiro acaba por refletir normas, decisões e comportamento, por parte dos operadores de direito, que desvalorizam e estigmatizam a figura da mulher.

Maior exemplo da tirania do gênero é constatado no art. 59, do Código Penal, qual prevê uma série de disposições que orientam o magistrado na lapidação da reprimenda jurisdicional (DIVAN, 2010, p. 152). O dispositivo, por si só, não demanda a imposição da carga negativa ordinariamente reproduzida no discurso desigual. Ocorre que, ao aplicar o tipo penal nos crimes que tutelam sobre a dignidade sexual, o discurso de estereotipamento ganha corpo, isso porque, ao decretar que o juiz analisará o comportamento da vítima na fixação da pena, inverte-se toda a lógica dos anseios de um direito pautado na dignidade da pessoa humana.

O comando, além de exigir análise da vida pregressa do acusado, recai sobre a vítima, como modo de averiguar a credibilidade da narrativa do fato, ante o conjunto probatório lançado na demanda criminal. A confiabilidade encontra barreira nas características comportamentais da ofendida, em contraposição àquelas esperadas pela comunidade qual se insere, de modo que, quando presente extensa discrepância, o discurso da provocação e do estereotipamento são inevitáveis (ANDRADE, V., 2004, p. 92-93).

Diante disso, “o senso comum policial e judicial não difere, uma vez mais, do senso comum social. [...] distribui a vitimação sexual feminina com o mesmo critério que a sociedade distribui a honra e a reputação feminina: a conduta sexual” (ANDRADE, V., 2004, p. 93). A partir disso, primordial trazer a baila decisão judicial que interliga a lógica da honestidade para fundamentar a confiabilidade da versão apresentada pela vítima, sedimentada no julgamento n.º 684031917³, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

³⁴ESTUPRO. NO CRIME DE ESTUPRO, NAO SE EXIGE, NECESSARIAMENTE, A PRESENÇA DE VIOLENCIA REAL, POIS A GRAVE AMEACA - SERIA O SUFICIENTE PARA INFUNDIR JUSTIFICADO TEMOR - E BASTANTE PARA CARACTERIZA-LO. POR OUTRO LADO, NESSE, COMO NOS DEMAIS CRIMES CONTRA OS COSTUMES, A PALAVRA DA OFENDIDA ASSUME RELEVU PRIMORDIAL COMO FATOR DE CONVENCIMENTO, IMPONDO-SE, ASSIM, POR TAL DELITO, A CONDENACAO DE

A presente decisão confirmou premissa ordinária na Justiça Pública, que a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes envolvendo violência sexual, especialmente quando houver elementos harmônicos e coesos que sedimentem o acervo probatório em desfavor do acusado. Todavia, essa circunstância apenas ganha relevo quando a vítima assumir comportamento honesto, atestado, no presente caso, pela virgindade, fundando prova incontestável.

Efetivamente, quando essa lógica (honestidade) não é objeto de comprovação no jogo processual, a carga negativa imposta à conduta da vítima sofre uma inversão valorativa patriarcal, como merecedora ou aquiescente com a violação. A decisão emanada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nº 00243232320038190014⁴ é um resquício do rançoso dos estereótipos de gênero produzidos culturalmente pela sociedade e reproduzidos pela máquina judiciária, que aduziu que a vítima teria condições físicas de resistir a investida sexual.

Portanto, o Poder Judiciário não protege devidamente a vítima de estupro, sendo insuficiente para tutelar a liberdade sexual dessa, pois “Se assim o fosse, todas as vítimas seriam consideradas iguais perante a lei e o assento seria antes no fato

QUEM TEM CONTRA SI UMA ACUSACAO HARMONICA, HOMOGENEA, INCISIVA E INEQUIVOCA, PARTIDA DE MOÇA DE HONESTIDADE COMPROVADA E CUJA ATE ENTAO VIRGINDADE, PERICIALMENTE ATESTADA, SE CONSTITUI NUMA EVIDENCIA INSOFISMABEL DA ALEIVOSA DA VERSAO DOS ACUSADOS, EM PROCURANDO REFERI-LA COMO MULHER JA EXPERIMENTADA EM MATERIA SEXUAL”.

⁴⁴APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. FALTA DE DESCRIÇÃO DA VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE LESÕES. VITIMA COM COMPORTAMENTO DESABRIDO, DANÇANDO EM TRIO ELÉTRICO, ENTRE DESCONHECIDOS. Resistência ao ato sexual violento, de forma tênue, ou com platônica ausência de adesão, quase simbólica da vítima, que tinha condições de reagir de forma mais efetiva. Ausência de lesões características de violência sexual, apesar do tempo em que a vítima ficou dominada pelo apelado. Vítima que não se defende da forma usual no delito de violência sexual. Erro do agente, em vista da inexistência de um sincero dissenso, confundido com disfarçado pseudo-recato. Vítima acostumada a prática desportiva, pelo que tinha força, agilidade e extroversão suficiente para reagir ao assalto sexual de forma efetiva e positiva e não com meras súplicas verbais. Possibilidade de cópula inconstentida, mas sem violência. Sentença absolutória mantida. Recurso desprovido. Unânime”.

crime e na violência do que na conjunção carnal. E teriam [...] a solidariedade para com a sua dor” (ANDRADE, V., 2004, p. 98).

A partir dessas balizas, estrutura-se a ideia de que a mulher será merecedora da proteção seletiva se comprovar a honestidade, tendo em vista que o coito é intimamente ligado à reprodução, legitimado na função idealizada pela sociedade do casamento e a constituição de uma unidade familiar. Portanto, a proteção tem uma faceta ligada à moral e à família, exteriorizando uma visão intimamente patriarcal (ANDRADE, 2004, p. 98).

A autora Vera Regina Pereira Andrade (2004, p. 84 apud BARATTA, 1999, p. 48) contextualiza os estereótipos de gênero como fruto do sistema patriarcal e remete a importância da família na exteriorização desse fenômeno:

Em nível macro, a função real do sistema é manter estruturas, instituições e simbolismos, razão pela qual, repita-se, não pode ser um aliado no fortalecimento da autonomia feminina. Nesta esteira, “também fica claro o papel da família como mediadora entre o sistema patriarcal e a sociedade de classes”; [...]. Assim, a família tem importante função dupla: ser a mediadora entre o indivíduo e a classe social, e entre o sistema capitalista e a cultura patriarcal (que lhe dá um valor muito mais alto do que se pensava numa ciência social centrada no homem).

Apesar da forte cultura da catalogação das condutas e comportamentos razoavelmente aceitáveis pela comunidade, cumpre salientar que a função do Poder Judiciário é de atuar para além das partes, efetivamente como representante do poder punitivo estatal, não se atrelando aos preconceitos arraigados culturalmente na sociedade.

Não cabe ao magistrado macular a máxima de um Estado de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana, frente demanda que versa diretamente sobre fato jurídico (estupro) estigmatizado nas relações institucionalizadas, contaminado pelos padrões da comunidade.

Portanto, além de aliar um debate crítico a atual conjuntura do sistema punitivista judiciário, em especial à atuação dos julgadores na análise dos crimes envolvendo violência sexual, é de grande monta a implementação efetiva das expectativas contemporâneas, sociais e jurídicas, nas decisões judiciais, que refletem padrões de comportamento influenciáveis a toda a sociedade. Não obstante, somente será possível investigar a superação do patriarcado, com o eficaz acompanhamento do raciocínio empregado pelo julgador no caso concreto, através da exposição de motivos que o levam a julgar inadequado ou não o comportamento da vítima do crime de estupro.

3 Conclusão

Vê-se, pois, que as relações de poder marcadas pelo patriarcado ainda estão presentes na contemporaneidade, influenciando a dicotomia entre homens e mulheres, abrangendo as relações sociais, familiares, e institucionalizadas, que regulam a vida em sociedade e compõem as normas de controle da atuação do Estado.

A dominação, característica desse sistema, é traduzida em episódios de violência, consolidadas por uma relação de poder e hierarquização do homem, que reflete no crime de estupro, tipificado no ordenamento jurídico no art. 213 do Código Penal, assim como em outros dispositivos que versam a respeito do mesmo bem jurídico tutelado.

A previsão constante no comando do art. 59 do Código Penal, que dita como elemento estruturador da pena-base, a influência do comportamento da vítima no cometimento do delito, quando contextualizada no crime de estupro, reflete uma inversão negativa de papéis, exigindo que o julgador enfrente a credibilidade da narrativa da vítima. Nesse contexto, a decisão judicial é mais que um ato de racionalidade e lógica, pois sofre interferências de ordem emocional, influenciadas por um pensamento massificado, esbarrando na imparcialidade e contaminando o discurso judicial.

Não se pode permitir que o Poder Judiciário, enquanto instituição formadora de padrões de comportamento e opinião, continue a disseminar estereótipos de gênero que inferiorizam a mulher, especialmente quando envolver vítima de abuso sexual, que além de ser acometida por severos danos de ordem psíquica, culminam na inversão da lógica punitivista, e disseminam padrões de comportamento não mais tolerados diante reivindicações sociais contemporâneas.

Portanto, a atuação conjugada do Estado com a comunidade permite a desconstrução da cultura patriarcal, e a paulatina eliminação da culpabilização da vítima, conduzida através de uma criminologia moderna, aliada ao movimento feminista, que combata intensivamente a violência institucionalizada.

4 Referências

- ALMEIDA, Sandra Regine Goulart. *Gênero, Identidade, Diferença*. Aletria: Revista de Estudos de Literatura, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 9, 2002. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/aletria/article/view/1301/1398>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- ANDRADE, Camila Damasceno. *Por uma criminologia crítica feminista*. Revista Espaço Acadêmico – n. 183. Agosto/2016 -mensal; Dossiê: feminismo, machismo e a cultura do estupro – ano XVI. ISSN 1519.6186. Disponível em: <[file:///C:/Users/Adriana/Downloads/32348-146577-1-PB%020\(1\).pdf](file:///C:/Users/Adriana/Downloads/32348-146577-1-PB%020(1).pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre, 1999. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645>>. Acesso em: 15 mai. 2018.
- _____. *Sexo e Gênero: a mulher e o feminino no sistema de justiça*. Informativo e Notícias da Academia Judicial, Florianópolis, v. 03, 2003. Disponível em: <http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/sexo_genero.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no Tratamento da violência sexual contra a mulher*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 54, p. 270-298, Jun. 2004. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro, Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e política penal alternativa*. Tradução por J. Sérgio Fragoso. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./ dez. 1978. p. 9-10.

BARROS, Livya Ramos Sales. *Crime de estupro e sentença judicial: A presença de estereótipos no Sistema de Justiça Penal alagoano e a classificação das mulheres vítimas de crime de estupro a partir do comportamento*. 18º Encontro do REDOR - Perspectivas Feministas de Gênero: desafios no campo da militância e das práticas científicas. 2014. (Congresso). Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/621/817>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. *A construção social da realidade*. Rio de Janeiro, Vozes, 1966.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSCHI, José AntonioPaganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6.ed., rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *As majorantes nos crimes sexuais violentos*, in CARVALHO, Amilton Burno de. CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 3 ed. ampliada.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIAS, Irina Maria Ribeiro. *Vitimologia nos Crimes Sexuais*. Dissertação (pós-graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Irina Maria Ribeiro Dias – 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/IrinaMariaRibeiroDias.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão Judicial nos Crimes Sexuais: o julgador e o réu interior*. 1ª edição. Livraria do Advogado, 2010.

FACIO, Alda (eds.). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones: La Morada, 1999.

FREITAS, Ana. *O que é a cultura do estupro e por que é preciso falar sobre ela*. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/05/27/O-que-%C3%A9-a-cultura-do-estupro-e-por-que-%C3%A9-preciso-falar-sobre-ela>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

GAROPAN, Antoine. *Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1999.

GELSTHORPE, Loraine. *Feminism and Criminology*. in MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod. REINER, Robert (Ed.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford, 3º ed, 2002.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

IPEA, Sistema de identificadores de percepção social – SIPS. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_SIPS_violencia_mulheres_novo.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

- LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica y Violencia y Género*. Madrid: Trota, 2007.
- LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. in HOLLANDA, Helóisa Buarque. *Tendências e Impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p.206-242
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo - primeiros estudos*. ed. 12. Acervo digital UPF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LIMA, Marina Torres Costa. *O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica*. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em direito) – Universidade Federal da Paraíba, Campina Grande, 2012. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5370/1/PDF%20-%20Marina%20Torres%20Costa%20Lima.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- LIMA, Rebeca Napoleão de Araújo; LIMA, Marina Torres Costa. O estupro como crime de gênero. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3734, 21 set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25354/o-estupro-enquanto-crime-de-genero-e-suas-implicacoes-na-pratica-juridica>>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal/ Aury Lopes Jr. - 13. ed* – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MANFRÃO, Caroline Colombelli. *Estupro: prática jurídica e relações de gênero*. Dissertação (monografia) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Direito, 2009. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/CAROLINECOLOMBELLIMANFRAO_estupro_praticajuridicaerelacoesdegenero2009.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.
- MARTINS, José Renato. *O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: Questões controvertidas em face das garantias constitucionais*. Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2003. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dívida*. Lisboa, Edições 70, 1988.

- MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)Pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Dissertação (monografia) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Soraia da Rosa Mendes: - 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a Bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NARVAZ, Martha Giudice. *Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Psicologia. Martha GiudiceNarvaz – 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5442>>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- NARVAZ, Martha Giudice. KOLLER, Sílvia Helena. *Famílias e patriarcado: da subversão normativa à subversão criativa*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Psicologia & Sociedade; 18 (1): 49-55; jan/abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=So102-71822006000100007&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 06 abr. 2018.
- PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PERROT, Michelle. *Minha história de mulheres*. São Paulo (SP): Editora Contexto; 2007.
- RODRIGUES, Carla. *Butler e a desconstrução de gênero*. Revista Estudos Feministas, vol.13 n.º1 .Florianópolis Jan./Apr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-026X2005000100012&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- ROSSI, Giovana. *Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica: Análise do discurso judicial no crime de estupro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.
- RUBIN, Gayle. *O tráfico de mulheres. Notas sobre a 'Economia Política' do sexo*. Tradução de Christine Rufino Dabat. Recife: SOS Corpo, 1993.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora. Fundação Perseu Abramo, 2004.

SILVA, Danielle Martins. *A palavra da vítima no crime de estupro e a tutela penal da dignidade sexual sob o paradigma de gênero*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2703, 25 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17897/a-palavra-da-vitima-no-crime-de-estupro-e-a-tutela-penal-da-dignidade-sexual-sob-o-paradigma-de-genero>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SMART, Carol. *Law, Crime and Sexuality: essays in feminism*. London, 1995.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O Que É Violência contra a Mulher*. São Paulo, Brasiliense, 2002, p. 18.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2005, 9.ed.

VIGARELLO, G. História do estupro. *Violência sexual nos séculos XVI -XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

VILHENA, Júnia; ZAMORA, Maria Helena. *Além do ato: os transbordamentos do estupro*. Revista Rio de Janeiro, n. 12, jan-abril, 2004. Disponível em: <http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_Junia_Vilhena.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história de direito* / Antonio Carlos Wolkmer, organizador. - 3.ed. 2 tir. rev. E ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Direito penal sob a perspectiva dos direitos humanos: o princípio da legalidade

Julia Levandoski¹

1 Introdução

No decorrer dos séculos e avanço das sociedades, a proteção dos direitos humanos foi ganhando destaque no plano internacional, ocorrendo com que diferentes países acolham seus princípios nos dias atuais, por meio de Convenções e Tratados de Direitos Humanos, posteriormente ratificados por cada um, e conseqüentemente, fazendo parte do ordenamento jurídico dos mesmos.

O presente trabalho abordará a concretização do Princípio da Legalidade como garantia constitucional sob a perspectiva dos direitos humanos e como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem interpretado a aplicação do princípio da legalidade frente a casos envolvendo o direito penal, os quais estão interligados a fim de proteger os bens jurídicos elementares a sociedade, buscando-se saber se o princípio é observado pelos Estados de maneira estrita. Os princípios auxiliam o poder legislativo na elaboração das leis do país, devendo o legislador fazer interpretações a estes em relações as normas utilizadas no caso

¹ juh_jl@yahoo.com.br

concreto, gerando a necessidade destes serem constantemente respeitados, como preconiza diversos tratados internacionais.

Será esplanado a respeito da evolução histórica do direito penal, direitos humanos e princípio da legalidade, as características destes, bem como, a proteção do princípio da legalidade nos órgãos internacionais de direitos humanos e aplicação nas leis brasileiras. É mistér reconhecer a importância dos avanços que o direito penal e os direitos humanos trouxeram para o ordenamento jurídico dos países ao longo da história, incluindo o princípio da legalidade, possibilitando a segurança jurídica aos cidadãos em detrimento de suas condutas, haja vista que os princípios são fontes para a formação de normas jurídicas.

Visando verificar se a aplicação do Princípio da Legalidade esteve, de alguma forma, envolvido ou prejudicado, será analisado no texto o Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, envolvendo considerações a respeito da ditadura militar no Brasil (1964), Guerrilha do Araguaia, Lei da Anistia, ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 153.

Assim, será discorrido a respeito da influência do Princípio da Legalidade em temas como direitos humanos, direito penal e segurança jurídica aos indivíduos. Além, da violação do mesmo e as consequências que isto gera, visando garantir o respeito e observância estrita do Princípio em benefício da sociedade, pois, a observação e respeito aos princípios fundamentais de direitos humanos geram aplicação considerável e correta do direito penal no Estado Democrático de Direito.

2 Direito penal sob a perspectiva dos direitos humanos: o princípio da legalidade

2.1 Evolução do princípio da legalidade no plano dos direitos humanos

Como primórdio dos direitos humanos na humanidade, em 1215, a Magna Carta consiste em um marco importante na evolução dos direitos humanos. “A Magna Carta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês)” foi a declaração assinada diante do alto clero e barões do reino da Inglaterra em 15 de junho de 1215 pelo rei João da Inglaterra, ou, João Sem-Terra (COMPARATO, 2015, p. 83).

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país (INGLATERRA, 1215.).

A Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) foi promulgada na Inglaterra em 1689. O *Bill of Rights* foi uma Declaração de Direitos votada pelo parlamento, a qual passou a estabelecer uma das leis fundamentais do reino. Esta provocou o fim ao regime de monarquia absoluta, na qual determinou, entre algumas coisas, a liberdade, a vida e a propriedade privada (SILVA, 2008).

Em 26 de agosto de 1789, foi promulgado pela Assembleia Nacional da França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, prevendo, como por exemplo: o princípio da igualdade, da liberdade, da legalidade, presunção de inocência, livre manifestação de pensamento, dentre outras (GUERRA, 2014, p. 11).

Em seu texto normativo, estabelece o direito a igualdade e a garantia da legalidade na sociedade da época:

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene (FRANÇA, 1789).

A Carta das Nações Unidas, de 1945 (São Francisco – Estados Unidos da América), teve como uma de suas finalidades a afirmação dos direitos e liberdades fundamentais, ao apontar para a realização da cooperação internacional e resolução dos problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (BRANDÃO, 2014, p. 24).

Como um dos mais importantes e significativos documentos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que resultou na criação do Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos (Sistema Internacional ou Sistema da ONU) (PENTEADO FILHO, 2012, p. 163). Em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só se realizou após o encerramento das hostilidades, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais (COMPARATO, 2015, p. 238).

Na perspectiva penal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo XI expressa o princípio da legalidade:

Artigo XI

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito

nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi assinada em 22 de novembro de 1969. Esta estabelece que o quadro democrático depende de um regime de liberdade e de justiça social (BRANDÃO, 2014, p. 312).

A respeito dos inúmeros direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, destaca-se, referente a matéria penal, o Artigo 7º, §2º:

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

A Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor para o Brasil de maneira internacional em 25 de setembro de 1992. Após, foi editado o Decreto de Promulgação em 6 de novembro de 1992 (RAMOS, 2016, p. 223).

Após acontecimentos deploráveis para os direitos humanos na história mundial, surge a necessidade de que todas as pessoas, naturais ou jurídicas de diferentes nacionalidades, tenham direitos e deveres em relação à humanidade como um todo, dessa forma, deve-se fixar regras de responsabilidade penal em escala mundial, para sancionar a prática de atos que lesam a dignidade humana. A punição de atos criminosos, além de posterior julgamento não pode se restringir à soberania nacional de cada Estado, em razão de que em um número alarmante de casos, os agentes criminosos são as próprias autoridades estatais, ou pessoas que gozaram da proteção destas para a prática dos atos criminosos. Dessa forma, houve o surgimento do sistema de responsabilidade mundial com a criação, por obra da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma em 1998, do primeiro

Tribunal Penal Internacional, com competência para julgar os autores de crimes contra a humanidade. (COMPARATO, 2017, p.476). O comitê ad hoc, criado pela Assembleia Geral da ONU em 1995 propôs que o tribunal penal permanente seja competente para julgar os acusados de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio (COMPARATO, 2017, p. 478).

Ressaltando o princípio da legalidade, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tem-se os Artigos 22 e 23 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional:

Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto (BRASIL, 2002).

Artigo 23

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto (BRASIL, 2002).

O Estatuto, de acordo com o princípio da legalidade, ainda acrescenta que o mesmo não terá efeito retroativo: “ninguém será considerado responsável pela prática, antes da entrada em vigor do Estatuto, de atos nele definidos como criminosos” (COMPARATO, 2017, p. 490):

Portanto, todos os acontecimentos relatados ocorridos na história foram de extrema contribuição para a inserção dos direitos

humanos como protetora dos direitos de cada cidadão, inserindo no ordenamento jurídico o zelo e garantias necessárias para que estes direitos sejam devidamente observados pelos seus governantes e legisladores.

2.2 O princípio da legalidade e sua abrangência nos direitos humanos e direito penal brasileiro

O princípio da legalidade se originou em razão da necessidade de estabelecer na sociedade normas permanentes e válidas, e pudessem proteger os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Visava-se confiar nos atos do poder do Estado e se certificar que os mesmos não tomariam decisões incertas que afetaria diversos sujeitos, dessa maneira evitava-se a dúvida, a preocupação e a suspeita, quais eram comuns pelo poder ser absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas (BONAVIDES, 2009, p. 141).

É mediante lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente essencial. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legal*). Portanto, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada (RUZ, 2014, p. 232). O princípio pode ser classificado em princípio da mera legalidade (*nulla poena et nulla crimen sine lege*) e princípio da estrita legalidade (*nulla poena sine crimine et sine culpa*). A mera legalidade (reserva legal) corresponde ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente subordinação do juiz à lei: o juiz não pode considerar como delitos todos ou aqueles fenômenos que considere imorais ou merecedores de punição, mas apenas os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. O princípio da

estrita legalidade comporta, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual determina que o juiz é somente submisso à lei. Somente se as condutas ilícitas estiverem positivadas no dispositivo legal, dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao domínio da lei, mas da lei que, realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua totalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Isto é, a lei não deve ficar em um âmbito de mera literalidade normativa, precisa influenciar e regulamentar o contexto social realista vivido no momento de aplicação (RUZ, 2014, p. 230-231). Nesse diapasão, ressalta-se que somente as leis podem estabelecer as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode ser usufruído por qualquer pessoa senão o legislador, que está representando toda a sociedade unida por um contrato social (BECCARIA, 2001, p. 29).

Nos dias atuais, o princípio da legalidade penal faz parte do ordenamento jurídico de todo país vinculado à tradição jurídica europeia e, tendo se universalizado, obriga os Estados signatários dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos a seguir tal princípio (BRANDÃO, 2009, p. 376-377).

A lei penal é garantia de liberdade para os indivíduos. As leis penais também asseguram as pretensões punitivas e direito de reparação para as vítimas de condutas reprováveis no ordenamento jurídico, gerando responsabilidade penal e civil originária dos fatos puníveis (ASÚA, 1976, p. 336).

O princípio da legalidade estrita é proposto atualmente de maneira dirigida a excluir através de suas leis, antigamente arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter

"constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que nas legislações passadas perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo, o que hoje ainda é visto de maneira um pouco semelhante no ordenamento jurídico nos dias de hoje (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

2.2.1 Legislação brasileira e evolução histórica

O Direito Penal, é consagrado na Constituição Federal do ano de 1988, que lhe determina seus alcance e limites. A Constituição é a origem da legitimidade e da coercitividade da Lei Penal (SILVA, 2002, p. 45).

O princípio da legalidade está previsto nas Constituições Brasileiras como garantia fundamental desde o ano 1824, seguido dos anos: 1891; 1934; 1937; 1946; 1967, e, por fim, a Constituição Federal de 1988, cujo qual texto permanece vigente.

Na atual Constituição Federal de 1988, está consagrado no Artigo 5º, XXXIX:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

No Brasil, o princípio da legalidade é previsto nos Códigos Penais desde o Código Criminal do Império do Brasil de 1830. No entanto, o princípio é admitido de forma parcial no código, na medida em que admite, em certas hipóteses, uma relativa indeterminação da lei penal no que diz respeito à quantidade de pena (BRANDÃO, 2009, p. 377).

Atualmente, o princípio da legalidade está previsto no nosso ordenamento jurídico, com o Código Penal de 1940, em seu Artigo 1º:

Art. 1º - **Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.** ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#)) (BRASIL, 1940).

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) estabelece que o Estado, detentor do poder de executar a pena e a medida de segurança, não pode exigir do condenado ou do internado nada que não esteja expressamente contido na sentença ou na lei (NUNES, 2016, p. 18). O princípio da legalidade é assegurado nos Artigos 3º e 45:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela **lei** (BRASIL, 1984).

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem **expressa e anterior previsão legal ou regulamentar** ((BRASIL, 1984).

Nesse sentido, verifica-se de longos tempos (desde o ano 1824), a aplicação do princípio da legalidade na legislação brasileira de forma estrita, através das Constituições do Brasil, Códigos Penais e Lei de Execução Penal, significando a garantia de que o cidadão somente terá sua conduta atípica criminalizada, se esta estiver prevista como tal em lei anterior ao fato praticado.

2.2.3 Dos tratados e convenções internacionais

O Brasil é signatário de diversos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, sendo o princípio da legalidade expresso em alguns desses, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O princípio da legalidade é previsto nos Artigos XI e XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. **Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso** (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Artigo XXIX

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às **limitações determinadas pela lei**, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado no Brasil através do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, entrando em vigor em 24 de abril de 1992 (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1966). No Pacto, o princípio da legalidade encontra respaldo nos Artigos 9º e 15:

Artigo 9º

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos **motivos previstos em lei** e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos (BRASIL, 1992).

Artigo 15

1. **Ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional**, no momento em que foram cometidos. **Tampouco se poderá impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito**. Se, depois de

perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se (BRASIL, 1992).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992 e foi promulgada através do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992). O princípio da legalidade está previsto no Artigo 9º da Convenção:

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade
Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

Concluí-se que com o marco dos direitos humanos no plano histórico mundial, há hoje a garantia de observação do princípio da legalidade, entre outros, como limitador estatal na legislação do Brasil, por meio de tratados internacionais e da própria legislação nacional. Em caso de descumprimento da aplicação correta do princípio da legalidade por parte dos Estados, estes sofrerão responsabilização perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão internacional supremo de proteção dos direitos humanos, vindo a sofrer sanções.

2.3 O princípio da legalidade no plano latino-americano

O Princípio da Legalidade como garantia individual foi observado pelo Brasil para conceder anistia em relação aos agentes de crimes cometidos durante a ditadura militar, contudo, resultou em condenações frente a Corte Interamericana de Direitos

Humanos. Dessa forma, é esplanado o Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.

2.3.1 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

O Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) na Corte Interamericana de Direitos Humanos teve como consequência a condenação do Brasil perante a mesma em razão de diversas violações aos princípios constitucionais e de direitos humanos ocorridos com a Lei da Anistia, pós ditadura militar, que deixou impune seus agentes, inclusive tendo sido utilizado o Princípio da Legalidade a fim de impedir as sanções aos anistiados. Nesse sentido, a subseção abordará sobre o que consistiu a ditadura militar no Brasil nos anos 1964 à 1985, a Guerrilha do Araguaia, Lei da Anistia, ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 153 e o Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil vivenciou um prolongado período autoritário entre o ano de 1964 até o ano de 1985. Um dos objetivos da ditadura militar era o de eliminar grupos opositores de esquerda para pôr fim à suposta ameaça comunista que rondava o país e assegurar, consequentemente, o restabelecimento da ordem interna. Para tanto, foram institucionalizadas práticas de terrorismo de Estado, a exemplo da tortura, estupros, sequestros, execuções sumárias, detenções arbitrárias e desaparecimentos forçados contra oponentes do regime. Como repressão, houve contínuas intimidações, prisões e a censura à imprensa, o que fez com que as organizações da denominada esquerda revolucionária se rebelasse. Em 1968 o Governo editou o Ato Institucional nº 5, decretou o fechamento do Congresso, e, gradualmente, os revolucionários foram sendo capturados, mortos ou banidos, ao mesmo tempo em que a tortura passava a ser sistematicamente utilizada contra os prisioneiros políticos (BASTOS, 2008, p. 601). Após o fechamento

do Congresso Nacional, foi instaurada a censura da imprensa, a suspensão dos direitos e garantias fundamentais, inclusive o habeas corpus, dos direitos políticos, da liberdade de expressão e da liberdade de reunião. Além disso, a competência da Justiça Militar foi ampliada e foi introduzido no ordenamento jurídico as penas perpétua e de morte, através da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei no 898, de 29 de setembro de 1969) (BARRIENTOS-PARRA, 2012, p. 24).

Em um dos episódios mais marcantes da ditadura deu-se o conjunto das três campanhas militares contra a guerrilha do Araguaia na região limítrofe entre os estados do Pará, do Tocantins e do Maranhão, em que ao menos 70 pessoas perderam suas vidas entre 1972 e 1975, e até hoje somente foram localizados os restos mortais de dois guerrilheiros então ligados ao Partido Comunista do Brasil (PCdoB) (BERNARDI, 2017, p. 49-50).

Há a previsão de que cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos período inicial da ditadura, ao passo que em torno de 10 mil cidadãos teriam vivido no exílio em algum momento da época. Nos 707 processos políticos formados pela Justiça Militar entre 1964 e 1979, o projeto Brasil Nunca Mais contou 7.367 pessoas acusadas judicialmente e 10.034 atingidas na fase de inquérito. Houve quatro condenações à pena de morte, não consumadas; 130 pessoas foram banidas do País; 4.862 pessoas tiveram cassados os seus mandatos e direitos políticos; 6.592 militares foram punidos e em torno de 245 estudantes foram expulsos da universidade (BRASIL, 2007, p. 30). De acordo com os documentos que constituem o processo no Caso Gomes Lund na Corte Interamericana de Direitos Humanos, cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas, 354 mortos e desaparecidos e centenas de camponeses foram assassinados (COIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 32).

Por volta dos anos setenta houve uma mobilização política (SILVA, 2009) formado por militantes dos Direitos Humanos, presos políticos, exilados, cassados, militantes de partidos

democráticos, do movimento estudantil, entre outros, em razão da Lei da Anistia, os quais se organizaram em movimentos sociais e associações civis a qual destaca-se o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA) e o Comitê Brasileiro pela Anistia, com várias unidades estaduais, os quais foram ganhando apoio de diversas entidades da sociedade civil organizada (BARRIENTOS-PARRA, 2012, p. 25).

Para salvaguardar os interesses militares e, impossibilitar qualquer punição futura, é promulgada em 28 de agosto de 1979 a Lei nº 6.683/1979, a Lei da Anistia. A Anistia se mostrou completamente moldada aos interesses políticos ditatoriais, se permitia a volta dos exilados políticos, impedia a punição de assassinos e torturadores. A formulação da Lei não se tratou de ato benevolente, mas de uma camuflagem socialmente aceita à época para livrar de culpabilidade penal e responsabilização os envolvidos nos crimes contra a humanidade, como a tortura, sequestro e homicídio (CARAPUNARLA, 2014, p. 51). Para muitas pessoas, a Anistia significava a liberdade, mas para outros era sinônimo de impunidade. Torturadores e carrascos foram contemplados pela lei do perdão, ficando assim livres de possíveis processos judiciais pelos crimes cometidos em nome da Segurança Nacional (FIGUEIREDO, 2005, p. 293).

A aplicação de leis de anistia a autores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em casos de execução e desaparecimento forçado, os artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecem que os familiares das vítimas têm o direito a efetiva investigação pelas autoridades estatais em caso de morte ou desaparecimento, que os responsáveis sejam processados e, ocasionalmente punidos, e que os danos sofridos em razão do sofrimento das famílias seja reparado. Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade,

pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trata de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), pois tais crimes são inaniestáveis e imprescritíveis (COIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 47).

Em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) perante o Supremo Tribunal Federal, na qual foi pedido que fosse interpretado o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 6.683 de 1979 (Lei da Anistia), conforme a Constituição de 1988, de modo a declarar, em razão de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos, durante o regime militar. (RAMOS, 2016, p. 392).

Em 28 de abril de 2010 ocorreu o julgamento da ADPF 153 no Supremo Tribunal Federal, havendo a participação de nove Ministros. Para a maioria na sessão, formada a lei da anistia brasileira (Lei nº 6.683/79) é aplicada aos atos criminosos cometidos pelos agentes da repressão política durante o regime militar, não se restringindo aos atos praticados pelos opositores ao mesmo regime (RAMOS, 2016, p. 393).

O ministro Eros Grau, durante o julgamento, ainda defendeu que o direito internacional dos direitos humanos e suas demandas de justiça seriam inócuos e não produziriam qualquer tipo de efeito no Brasil que pudesse ameaçar a impunidade resultante da Lei nº 6.683/1979. Haveria inexistência de obrigação internacional do Brasil em relação ao processamento e ao julgamento dos crimes, pois não existia obrigações expressas em convenções e tratados internacionais subscritas pelo Brasil à época da ditadura militar. O ministro argumentou que o Brasil não havia ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos

Crimes contra a Humanidade, e que a Convenção contra a Tortura tinha vigência posterior à Lei de Anistia, não se aplicando, dessa maneira, aos crimes cometidos por agentes do Estado durante o regime militar, os quais, mesmo que não estivessem sobre o abrigo da anistia, já teriam prescrito. Além disso, o Ministro Eros Grau ressaltou que o costume internacional não poderia ser fonte de direito penal em razão do princípio da legalidade, segundo o qual não há crime nem pena sem lei prévia. Por fim, a obrigação de processamento e julgamento assumida pelo Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos só poderia ser invocada para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, data a partir da qual o país reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BERNARDI, 2017, p. 76-78).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após 13 anos de processamento interno da petição dos familiares das vítimas processou o Brasil em 26 de março de 2009 perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediada em San José, guardião da Convenção Americana de Direitos Humanos). De acordo com a Comissão, o Brasil deve responder pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses da região, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964-1985) (RAMOS, 2016, p. 394).

Como obstáculo legal à investigação dos fatos e à punição dos responsáveis, tem-se a prescrição em que foi aplicada em alguns casos a condutas delituosas ocorridas durante o regime militar. Ademais, tem-se a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito brasileiro, sobre o qual indicaram que: a) ao tratar-se de um delito de execução permanente, a proibição penal é aplicável enquanto se mantenha a conduta delituosa; b) a falta de tipificação desse crime no ordenamento jurídico brasileiro implica o descumprimento pelo

Estado das disposições do artigo 2 da Convenção e impõe ao Estado a obrigação de aplicar o direito penal de forma compatível com suas obrigações convencionais, de modo a evitar que essas condutas permaneçam impunes; c) o princípio da legalidade não deve prejudicar o julgamento e a sanção dos atos que, no momento em que são cometidos, já constituíam delitos, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional. Um quarto obstáculo legal é a intervenção da jurisdição militar, uma vez que no direito interno existem antecedentes recentes que abrem a possibilidade para que isso ocorra, em violação das normas interamericanas e internacionais. Diante de todos esses fatos, concluíram que o Estado violou os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado. Além disso, dado que o Estado não adotou medidas efetivas para evitar, prevenir e sancionar atos de tortura sofridos pelas pessoas desaparecidas, violou os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (COIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 48).

Dessa forma, a fim de promover a justiça no âmbito penal, é mister a remoção de Leis de Anistia e de obstáculos processuais, como os regimes de prescrição e os princípios de legalidade, coisa julgada e não irretroatividade da lei penal, restringindo consequentemente a liberdade de ação dos Estados (BERNARDI, 2017, p. 54).

De acordo com os Princípios de Direito Internacional reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e no julgamento do Tribunal – Tribunal de Exceção: "O fato de o Direito interno não impor uma punição a um ato que constitui um crime segundo o Direito Internacional não exime a pessoa que cometeu o ato da responsabilidade perante o Direito Internacional" (ROTHENBURG, 2013, p. 691).

O Brasil alegou que as únicas hipóteses constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro em que se admite a

imprescritibilidade referem-se à prática de racismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. A Convenção Americana prevê, em seu artigo 9, o princípio de legalidade e irretroatividade, e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas estabelece, no artigo VII, expressamente, a prescrição desse crime. Por outro lado, a tipificação dos crimes de lesa-humanidade ocorreu em 1998, com a aprovação do Estatuto de Roma, e salientou que o costume internacional não pode ser fonte criadora do direito penal, posto que não oferece segurança jurídica, como sim o faz uma lei em sentido estrito. O Brasil solicitou ao Tribunal que aplique o princípio da legalidade, o qual foi uma das principais conquistas no campo dos direitos humanos e, como tal, constitui uma cláusula pétrea da Constituição Brasileira, que não pode ser abolida, nem mesmo através de emenda constitucional (COIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 49).

O Brasil, também, alegou que todos os direitos humanos devem ser igualmente garantidos e que deve-se buscar harmonia entre os princípios e direitos estabelecidos na Convenção Americana, com auxílio do princípio da proporcionalidade. No caso, apresenta-se um aparente conflito entre o princípio de garantia de não repetição, do qual decorre a obrigação do Estado de promover a persecução penal dos perpetradores de crimes de lesa-humanidade, e o princípio da legalidade. Considera que a melhor opção para salvaguardar ambos princípios em colisão é o pleno respeito ao artigo 9, e o respeito satisfatório ao artigo 1, ambos da Convenção Americana, devendo a Corte considerar que as medidas já adotadas pelo Estado são suficientes, pois a opção contrária implicaria o completo desconhecimento do princípio de legalidade. O Estado ressaltou, como característica distintiva da anistia brasileira, sua bilateralidade e reciprocidade, e também, que a restrição estabelecida no parágrafo 2º do artigo 1º da Lei da Anistia, que excetuava a aplicação de benefícios a respeito de determinadas condutas, não foi aplicada pela jurisprudência

brasileira, argumentando que se criaria um tratamento desproporcional da Anistia, dado que esta era geral e irrestrita. Para compreender o mérito da Lei de Anistia, é necessário ter presente que ela se insere em um amplo e paulatino processo de abertura política e de redemocratização do país (COIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 49).

Os fatos da “Guerrilha do Araguaia”, os casos de tortura, homicídios e desaparecimentos forçados e a Lei da Anistia são da década de 1970, bem antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas os corpos dos casos citados continuam desaparecidos e os responsáveis por eventuais violações de direitos humanos continuam impunes, uma vez que a anistia impediu as possíveis ações penais. Com isso, a Corte estabeleceu que possui jurisdição para analisar os atos de caráter contínuo ou permanente, inclusive o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas no caso Gomes Lund, e considerou que a própria existência do desaparecimento forçado permite concluir que houve desrespeito – contínuo – aos deveres de prevenir violação do direito à vida e integridade física. A Corte decidiu que também poderia analisar os fatos e omissões do Estado, ocorridos depois de 10 de dezembro de 1998, quais são: a falta de investigação, julgamento e sanção dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados e execução extrajudicial (da Sra. Petit, cujos restos mortais foram identificados em 1996, antes do reconhecimento da jurisdição da Corte); a falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as restrições ao direito de acesso à informação, e o sofrimento das famílias (RAMOS, 2016, p. 396-397).

Após a fase probatória a Corte condenou duramente o Brasil, com base em um conjunto de depoimentos, perícias e documentos. A sentença foi prolatada em 24 de novembro de 2010, à unanimidade (com voto concordante em separado do Juiz *ad hoc* Roberto Caldas indicado pelo Brasil). No entendimento da Corte,

foi provado que, entre os anos 1972 e 1974, na região brasileira do Araguaia, agentes estatais foram responsáveis pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como vítimas de tal caso, e, após 38 anos, contados do início dos desaparecimentos forçados, somente foram identificados os restos mortais de duas vítimas. Além disso, o Brasil continua sem definir o paradeiro das 60 vítimas desaparecidas restantes, na medida em que, até a data da prolação da sentença em 2010, não ofereceu uma declaração sobre seus destinos. O Tribunal reiterou que o desaparecimento forçado tem caráter permanente e persiste enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos (RAMOS, 2016, p. 397-398).

A omissão do Brasil em demonstrar o real paradeiro das 60 vítimas desaparecidas, consistiu, para a Corte, em infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à integridade pessoal (artigo 5º) e à vida (artigo 4º) da Convenção Americana, ainda que os atos de tortura ou de privação da vida dessas pessoas não possam ser demonstrados no caso concreto. Finalmente, a Corte concluiu que o desaparecimento forçado também implica a vulneração do direito ao reconhecimento da personalidade (artigo 3º) e liberdade pessoal (artigo 7º) (RAMOS, 2016, p. 398).

Dessa maneira, foi considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana de 1969, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir obstruindo a investigação dos fatos referentes ao caso Gomes Lund, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. Devem ser investigados e punidos criminalmente os responsáveis pelos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia e dos casos de graves

violações de direitos pelos agentes da repressão da ditadura (RAMOS, 2016, p. 398).

Portanto, o Brasil é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 (proteção judicial e garantias processuais) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela falta de investigação dos fatos do caso Gomes Lund, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada (RAMOS, 2016, p. 399-400).

No entanto, mesmo depois de obtida a vitória no tribunal de San José, as demandas por verdade e justiça continuam pendentes de respostas no plano nacional, dada a resistência do Judiciário de alterar a interpretação hegemônica sobre os efeitos da Lei de Anistia e aceitar a impossibilidade de aplicação de óbices jurídicos tendentes à exclusão de responsabilidades penais, como a irretroatividade da lei penal e os regimes de prescrição em casos de graves violações de direitos humanos, que, por sua natureza, conforme a Corte Interamericana de Direitos Humanos, são imprescritíveis e não anistiáveis. (BERNARDI, 2017, p. 51).

Todavia, até então, não encontrou-se manifestação do estado brasileiro em relação a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o atual paredeiro das vítimas desaparecidas durante a ditadura militar e guerrilha do Araguaia. Portanto, resta o aspecto de impunidade na responsabilização dos crimes da era ditatorial frente a população em razão do descumprimento da sentença da Corte, que se tornou ineficáz perante a tantas famílias de pessoas que sofreram os abusos no regime militar.

3 Considerações Finais

Diante do exposto apresentado, foi possível uma breve concepção sobre de que se trata o Princípio da Legalidade, garantia prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

dezembro de 1940) e Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), sendo um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro e no plano internacional, através de Tratados e Convenções.

Por conseguinte, foi explanado a respeito do conceito e evolução histórica do Princípio da Legalidade, dentre quais, seu surgimento e aperfeiçoamento conforme a progressão do tempo e da visão do Direito em vários países. Ademais, fora apontado as previsões do Princípio da Legalidade no atual ordenamento jurídico brasileiro e a proteção que ele garante aos cidadãos de não serem estes punidos sem que haja uma lei anterior (*Lex praevia*), escrita (*Lex scripta*), estrita (*Lex stricta*) e certa (*Lex certa*) definindo um fato com crime.

Enfim, abordou-se acerca do Princípio da Legalidade no plano latino-americano de proteção aos direitos humanos, o qual vincula o Princípio da Legalidade como um limitador Estatal. Não pode o Estado punir sua nação sem que esses saibam de que a conduta que estariam praticando fosse tipificado como delituosa em seu país. Nesse sentido, foi abordado o Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, abordando os ocorridos durante a Ditadura Militar, Guerrilha do Araguaia, Lei da Anistia, ADPF 153 e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em vista dos fatos elucidados, destaca-se a suma importância do Princípio como garantia constitucional na área penal e de direitos humanos, também, como liberdade individual de seus indivíduos, que não necessariamente poderão fazer o que querem, mas sim o que a lei permite, tornando suas condutas legítimas. O Princípio se resume em segurança jurídica, não podendo os atuadores do Direito punir pessoas com base em condutas ainda não incriminadas pelo legislador.

Contudo, há a percepção de que a aplicação do Princípio da Legalidade gera questionamentos sobre as características positivas do mesmo. O Princípio pode ser observado de duas formas: a

primeira, que o qualifica como limitador do poder estatal para impedir que este possa punir seus agentes sem que tenha uma lei específica no ordenamento jurídico tipificando uma conduta como criminosa, e a segunda forma, que faz com que o Princípio tenha aparência de impunidade frente aos infratores, como visto na Lei de Anistia, onde estes tiveram suas condutas perdoadas durante o regime militar, à ressaltar a tortura, que na época não era tipificado como crime, dando a possibilidade dos anistiados invocarem o Princípio da Legalidade a seu favor, não podendo estes serem responsabilizados pelas suas atuações, pois, no momento do delito, estas não constituíam crime. Porém, o princípio da legalidade não deve ser aplicado face a crimes de lesa-humanidade, como na ditadura militar de 1964.

Todavia, é comum os países descumprirem as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a citar de exemplo o Brasil no Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”), o qual não efetivou as imposições determinadas pela Corte. O Brasil não informou o paradeiro das vítimas desaparecidas na época da Guerrilha do Araguaia/Ditadura militar de 1964, nem puniu os responsáveis pela violação de direitos humanos no período, dando margem a uma visão falha do sistema.

Por fim, as considerações finais a serem ressaltadas nesse trabalho são da necessidade do respeito e observância do Princípio da Legalidade, bem como, do efetivo cumprimento das sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos impostas aos países que violaram direitos humanos. No Caso Guerrilha do Araguaia, o princípio da legalidade não deveria ter sido observado de maneira absoluta, em razão de serem crimes contra a humanidade. A correta aplicação do princípio da legalidade, de forma relativa em alguns casos, resulta-se em boa convivência e ordem entre o Estado e sua sociedade, além do fortalecimento das relações internacionais envolvidas no plano de proteção dos direitos humanos e seus órgãos.

Referências

- ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de derecho penal. vol. 1. Buenos Aires: Losada, 1976.
- BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MIALHE, Jorge Luís. Lei da Anistia: comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 23-40, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/194/ril_v49_n194_p23.pdf> Acesso em: 23 abr. 2018.
- BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. A Lei da Anistia Brasileira: os crimes conexos, a dupla via e tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 593-628, jan./fev. de 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67820/70428>> Acesso em: 23 abr. 2018
- BECCARIA, Cesare marchese di,. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso da guerrilha do Araguaia: impactos no Brasil. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília , n. 22, p. 49-92, Abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522017000100049&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 28 abr. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRANDÃO, Claudio. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. (Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002). **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984). **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. (Código Penal). **Decreto-Lei nº 2.848), de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. (Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992). **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2007.

CARAPUNARLA, Emmanuel Deodato. Lei da Anistia: Criação política em detrimento aos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** – PUC Minas Serro, Belo Horizonte, n. 7, p. 43-73, ago. 2014. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/5822/7002>> Acesso em: 23 abr. 2018.

COIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil: sentença de 24 de novembro de 2010**. San José: CoIDH, 2010. série C, n. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em: 23 abr. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lucas. **Ministério do Silêncio**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

FRANÇA, **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 05 nov. 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos** : na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

INGLATERRA, **Magna Carta** 1215. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>> Acesso em 25 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. **Documentos e publicações das Nações Unidas**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/docs/>> Acesso em 09 nov. 2017.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 28 nov. 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Processo internacional de direito humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, Dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 28 Abr. 2018.

RUZ, Ariele Chagas. **Direitos humanos fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Haike R. Kleber da. **A luta pela anistia**. São Paulo: Unesp, 2009.

SILVA, Ivan Luiz da. Das bases constitucionais do direito penal. **Revista informativa legislativa**. Brasília, ano 39, p. 45, dez. 2002. Senado Federal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/814/R156-05.pdf?sequence=4>> Acesso em: 01 mar. 2018.

SILVA, Nathália do Vale. As gerações dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica do Centro Universitário Toledo**. Araçatuba, 2008. ETIC – Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, Vol. 4, No 4. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1709/1624>> Acesso em 28 out. 2017.

Globalização nas sociedades complexas e o desemprego tecnológico: uma leitura a partir da obra de Alvin Toffler

Jacson Bacin Vicente¹

Introdução

No decorrer da história, o homem sempre buscou desenvolver técnicas e habilidades que o auxiliassem na garantia de provisões e sobrevivência. Com o passar do tempo e o aumento da capacidade intelectual, inovou seu trabalho braçal – na maioria das vezes amparado por ferramentas e a força de animais, a exemplo de equinos e bovinos – criando dispositivos que o livrasse da fadiga e produzissem com maior rapidez, eficiência e resultados. Todavia, a criação tornou-se um problema, uma vez que beneficiava e condenava o homem ao mesmo tempo, deixando milhares de indivíduos na mais absoluta miséria, enquanto poucos lucravam com a inovação tecnológica.

Desse modo, iniciava-se a Revolução Industrial, a era que disseminou o germe de toda a evolução tecnológica atual e que deflagrou uma mudança de paradigma, pensamento, comportamento, visão de mercado e de trabalho (propriamente dito) em todo o mundo.

¹ E-mail: jacsonbacin@gmail.com

O cenário existente na Europa, em meados do século XVIII, era uma sociedade totalmente rural, que migrou para as cidades que iniciavam seu desenvolvimento, motivada pelas primeiras indústrias têxteis que surgiam (e influenciada pelo Iluminismo). Porém, da promessa de prosperidade e garantia de uma remuneração digna, somente encontraram exploração, degradação e condições insalubres de trabalho. Nesse aspecto, Osório elucida:

A concentração de cidades e indústrias, unida ao excesso de mão-de-obra barata e desqualificada, deixava os novos trabalhadores, que vieram em busca de condições melhores de vida, nas mãos dos empresários empregadores. Eram aceitos jovens, crianças, mulheres, qualquer um que pudesse operar as grandes máquinas ou prestar outros serviços às empresas e retornar muito lucro aos seus donos. Os trabalhadores, apesar de terem seus empregos, eram sujeitos a condições subumanas de trabalho [...]. (2018, p. 684).

Verifica-se que as condições de trabalho e submissão psicológica dos operários do período da Revolução Industrial, aos seus empregadores, além de precariamente remunerados, eram sujeitos a trabalharem jornadas extenuantes, bem como empregavam mulheres e crianças em diferentes tarefas para que os empresários obtivessem lucro ao custo de uma baixa remuneração a uma mão de obra despreparada e desesperada.

Contudo, o que no início parecia uma saída para os operários da época, que procuravam deixar o meio rural e encontrar uma profissão nas cidades, empregando-se nas grandes indústrias – ainda que a duras penas – tornou-se um pesadelo ainda maior, quando as máquinas a vapor começaram a substituir a mão de obra humana, já depreciada, e criarem verdadeiras legiões de desempregados e indigentes pelas ruas da Europa, emergindo o sistema hoje dominante: o capitalismo.

Demitidos pela introdução de máquinas modernas, os operários sem salários viraram mendigos nas grandes cidades europeias. O problema era o sistema econômico em que a nova maquinaria,

poupadora de mão de obra, estava sendo inserida: o sistema capitalista. Neste sistema, o trabalhador trocado pela máquina não poderia dedicar o seu tempo livre aumentado às atividades prazerosas da vida, pois sem o seu trabalho, os operários ficavam sem sua renda (salário) para comprar os meios necessários à sua subsistência e de sua família. (COUTO, 2009, p. 04).

Nesse ínterim temporal, pela primeira vez na história humana, os indivíduos de uma sociedade vivenciavam uma exclusão tecnológica, ocasionada por uma máquina que produzia dez vezes mais que um operário, não necessitava de intervalos, alimento, repouso e por fim, de um único empregado para colocá-la em funcionamento e assim mantê-la.

Não é a primeira vez que a história corre mais depressa. James Watt, em 1780, ao inventar um motor a vapor deu um enorme impulso nas indústrias têxtil e metalúrgica e acelerou sobremaneira a Revolução Industrial. Michael Faraday, em 1832, ao inventar o motor elétrico, proporcionou uma fantástica arrancada na automação da produção industrial. Samuel Morse ao inventar o telégrafo em 1838 fez a transmissão das informações saltar da velocidade de um cavalo ou de um navio para a velocidade da luz. Incorporado nas estradas de ferro, o telégrafo deu ao transporte ferroviário um grande impulso, permitindo a interiorização das indústrias. Nesses três exemplos, a velocidade da história disparou. (PASTORE, 2005, p. 01).

Nesse sucinto retrospecto histórico, acerca da Revolução Industrial que proveu inúmeras transformações, além da tecnológica, a exemplo da luta das classes operárias, sindicatos, direitos e melhores condições de trabalho (que este estudo não possui a pretensão de adentrar), verificou-se como ocorreu o primeiro expurgo tecnológico e como um avanço, no sentido amplo da palavra, trouxe tantos problemas a uma época em que não se buscava qualificação profissional, ou mesmo a constatação de que os operários eram profissionais, mas simples mão de obra para os empregadores e como nos dias atuais, verifica-se a mesma situação

se desdobrando, com um diferencial de ritmo milhares de vezes mais rápido e em âmbito global.

A introdução ao tema se mostra propícia, uma vez que demonstra o quanto a frase “*a vida é um ciclo que se repete*”² torna-se verídica. Ora, nos dias atuais o quadro verificado ao acompanhar as notícias sobre economia, cotidiano e emprego é de que o mundo globalizado muda a cada hora e que o profissional recém-lançado ao mercado, graduado, especializado, técnico e experiente, pode muito bem amanhã estar desqualificado e ineficiente, ou ainda, que o cargo em que labora já não será mais necessário para o mercado.

Tais constatações vem de encontro ao que ocorreu com a humanidade no século XVIII - XIX, e que agora se repete com maior intensidade e preocupação. As inovações tecnológicas trazidas pelas áreas da automação, informática e robótica, estão entre as maiores vilãs das demissões em massa ocorridas em todo o mundo, sendo que um simples programa de computador e uma máquina robotizada, podem produzir cerca de cem vezes mais que um ser humano, vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana.

Cumpre elucidar, por óbvio, que a evolução tecnológica não trouxe somente mazelas para a humanidade, sendo responsável por inúmeras benesses, destacando entre essas a evolução nos ramos da medicina (desde aparelhos até as técnicas), farmacêutica, segurança e exploração de meios de contenção de catástrofes naturais.

O revés está presente nos postos de trabalhos que são simplesmente eliminados pela substituição de máquinas e programas de computadores (e pelos próprios computadores) que produzem em larga escala e com perfeição matemática.

² Autor desconhecido.

[...] com os computadores e com a tecnologia de ponta, o trabalho jamais será o mesmo. Microcomputadores, supercomputadores, trabalho e produção assistidos por computador, sistemas de informação e de decisão grupal e outros desenvolvimentos tecnológicos desempenham um papel vital para a sociedade atual. Seja para melhor ou para pior. (OSÓRIO, 2018, p. 685).

Logo, verifica-se na atual conjuntura que o avanço e a inovação tecnológica ocorrem a cada dia, a cada hora, a cada minuto. Em contrapartida, os indivíduos que porventura irão dar suporte ou atuar como operadores dessas novas tecnologias, não conseguem em tempo hábil, se aperfeiçoar e acompanhar o ritmo de seu desenvolvimento, o que por vezes (a atualização), não se demonstra suficiente para a garantia de permanência na vaga de emprego, eis que – como já demonstrado na própria Revolução Industrial – milhares de postos de trabalho são extintos por conta de uma nova máquina ou de um programa de computador, que simplesmente substitui a mão de obra humana e automaticamente desqualifica o indivíduo para continuar atuando naquela empresa ou na própria expertise de trabalho, posto que se especializou em uma função que deixou de existir.

Com a diminuição drástica dos postos de trabalho que não têm produção intelectual e são meramente repetitivos as empresas passam a necessitar unicamente de mão-de-obra especializada. Essa mão-de-obra especializada tem sua especialização defasada à medida que a tecnologia avança fazendo com que se torne necessária a constante busca pela empregabilidade. (PERCHE, 2018, p.25).

No mesmo aspecto, Rifkin leciona:

[...] agora pela primeira vez, o trabalho humano está sendo sistematicamente eliminado do processo de produção. Em menos de um século, o trabalho “em massa” no setor do mercado será provavelmente eliminado em praticamente todas as nações industrializadas do mundo. Uma nova geração de sofisticadas

tecnologias de informação e de comunicação está sendo introduzida aceleradamente nas mais diversas situações de trabalho. Máquinas inteligentes estão substituindo seres humanos em incontáveis tarefas, forçando milhões de trabalhadores de escritório e operários para as filas do desemprego ou, pior, para as filas do auxílio desemprego. (1995, p. 03).

Pelos apontamentos realizados, pode-se constatar os primeiros contornos do desemprego tecnológico, termo que se origina conjuntamente com a evolução que o “conhecimento” traz ao homem, ao mesmo tempo em que o oprime e reifica. A evolução tecnológica traz grandes benefícios enquanto bem de consumo, facilidades, agilidade e conforto. Todavia, quando se trata de analisar sua produção e desenvolvimento, constata-se que ela pode não ser tão deslumbrante quanto aparenta. Em uma análise nacional, acerca de tais fatos, verifica-se que a inovação tecnológica e a automação, causaram mais prejuízos em termos de empregos e desenvolvimento social, do que um lucro propriamente dito.

A constante automatização e redução de custos aumentaram no Brasil a partir da abertura da economia em 1990, resultando em uma eliminação de 10,76 milhões de empregos até 2001. Só as importações provocaram a redução de mais 1,54 milhões de postos de trabalho, números estes obtidos com base em levantamentos do Grupo de Indústria e Competitividade do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), a pedido da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe), que patrocina um estudo latino americano sobre emprego e produtividade. Segundo o Grupo de Indústria e Competitividade, 3,58 milhões de postos de trabalho foram criados devido às importações e 11,96 milhões por demandas internas. Mesmo este valor sendo positivo torna-se irrisório, considerando a entrada no mercado de trabalho em média de 1,3 milhão de pessoas ao ano conforme pesquisa PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio) do IBGE. O setor agropecuário é o recordista de eliminação de postos de trabalho com 3,08 milhões, seguidos da indústria de

transformação, com 804 mil e da construção civil com 137 mil. (ALVES, 2002, p. 87).

Cumprе ressaltar, que além do avanço tecnológico, a abertura das fronteiras de mercado, o tráfego de valores em grandes proporções de um continente para outro, e a globalização de modo geral, contribuíram para que o desemprego tecnológico se firmasse como uma forma de exclusão social.

Quanto à citação supra, um dado assustador se destaca. O setor agrícola, tradicional por sua empregabilidade de mão de obra em larga escala, foi o recordista em eliminação de postos de trabalhos, com a implementação de inovações tecnológicas (3,08 milhões). Segundo essa informação, pode-se constatar que em um setor onde, em tese, não seria necessária uma grande especialização ou conhecimento (salvo engenheiros agrônomos) os empregados das mais simples ocupações foram expelidos de seus postos de trabalho, eis que, desde o plantio (realizado por triangulação de GPS e maquinário de ponta), até a colheita, efetuada pelas modernas automotrizas que o mercado dispõe, ceifaram, literalmente, as vagas de trabalho no campo, que por muitas gerações foi o único subsídio de várias famílias que por falta de oportunidades, não tiveram uma instrução acadêmica que possibilitasse seu acender em outras profissões.

Avançando no tema, Rifkin aponta em sua obra, que o salto evolucionário da tecnologia vai além da automação e programação de softwares para computadores e a substituição física do homem nas funções laborais; o próximo estágio seria a substituição da própria mente humana.

Enquanto as primeiras tecnologias industriais substituíram a força física do trabalho humano, trocando a força muscular por máquinas, as novas tecnologias baseadas no computador prometem substituir a própria mente humana, colocando máquinas inteligentes no lugar dos seres humanos em toda a escala da atividade econômica. As implicações são profundas e de longo alcance. Mais de 75% da força de trabalho na maior parte

das nações industrializadas estão desempenhando funções que são pouco mais do que simples tarefas repetitivas. Máquinas automatizadas, robôs e computadores cada vez mais sofisticados podem desempenhar muitas, se não a maioria dessas tarefas. (RIFKIN, 1995, p. 05).

Logo, em uma estimativa, pode-se averiguar a possibilidade da atualidade tecnológica ser somente uma fase de transição, para uma substituição ainda maior de mão de obra humana, podendo-se chegar a absurda permuta do raciocínio lógico do homem.

Ainda que previsões desse porte, por enquanto, sejam meras especulações, a história demonstra ser o intelecto humano capaz de proezas facilmente superadas por outras. Duvidar de que tal prognóstico pode vir a se concretizar, seria duvidar da própria capacidade humana de superar suas criações, ainda que essas nem sempre sejam para o seu próprio bem.

Retomando o segundo (ou dependendo do ponto de vista, o primeiro) fator de exclusão de postos de trabalhos, a globalização demonstra que aliada às inovações tecnológicas seria a força motriz de vários tormentos da sociedade mundial atual, conforme ensina Machado:

O fenômeno da denominada “globalização”, responsável em parte pela desestruturação nos sistemas de trabalho e emprego, nada mais é do que uma forma mais efetiva e acentuada de busca, pelo homem, de conquista de novos espaços, hoje realçada pelo uso de novas tecnologias, o encurtamento das distâncias, as facilidades de comunicação e de circulação do capital contam com potencial pra dotar de grande eficiência e mobilidade as atividades econômicas, expandido de forma abrupta e ilimitada o âmbito de sua atuação. [...] Podemos afirmar, assim, que de todas as modificações constatáveis no chamado mundo do trabalho, nenhuma delas teve consequências mais danosas para a sociedade do que o desemprego, não só pela exclusão imediata daqueles que ficaram impossibilitados de obter vaga no mercado de trabalho, como também pela redução do próprio valor do trabalho [...]. (2011, p. 73-74).

Destarte, pode-se constatar que não somente o trabalho ficaria escasso, em sua forma de empregabilidade, mas a própria valoração do trabalho em si, perdeu a consideração pelas empresas e empregadores, causando uma deseducação para o labor e sua real significação para a pessoa, relegando-o a mera função mecânica de execução de movimentos e pensamento, sem qualquer dignificação. Ora, em não sendo necessários funcionários para a fabricação/prestação de serviços e produtos, qual seria o interesse de multinacionais/transnacionais em contratar seres humanos? Resposta: nenhuma.

Percebe-se de forma fulgente, que a lei do lucro e do comércio ditam as regras para uma produtividade cada vez mais alta, em detrimento da contribuição social de empregos e oportunidades de crescimento do ser humano.

Outra questão que enseja preocupação por parte da sociedade e do governo trata-se de que em decorrência de maior produtividade (e alegadas possibilidades de emprego) estar-se-ia ponderando a diminuição ou até extinção de alguns direitos trabalhistas, para a redução de eliminação de postos de emprego. Nesse sentido, expressa Perche:

O surgimento desta massa de excluídos decorre do aumento da produtividade do trabalho pelo desenvolvimento tecnológico. Este fato, em vez de gerar preocupação quanto à concretização das garantias de trabalho, enseja, ao revés, discussões sobre redução dos direitos trabalhistas como forma de diminuir o desemprego. (2018, p. 03).

O desequilíbrio gerado com o desemprego e a exclusão social que tal fato acarreta, não demonstra sensibilizar os governantes e empresários. Ao passo em que buscasse uma concretização dos direitos sociais numa frente, noutra, há uma inversão de valores, ou seja, para aumentar postos de trabalho a legislação trabalhista seria flexibilizada ao extremo (como já iniciado), permitido ainda mais atrocidades para com o trabalhador, que já está sujeito à

pressões diárias, através de metas, produtividade e capacitação, tendo que suportar jornadas de trabalho reduzidas e/ou abusivas e cortes em sua remuneração.

Indutivamente e consoante a obra de Alvin Toffler (A terceira onda), verifica-se no cotejar do tema, que a construção do *homme nouveau* do século XXI, buscou muito mais desconstruir aquele, do que auxiliá-lo na evolução intelecto-moral necessária para o estabelecer e conduzir da nova era tecnológica (global) de interação, seja pelo mundo virtual ou pelo contato surgido com as migrações intercontinentais, bem como a consciência de conjunto e colaboração que a era contemporânea exige, determinando ainda

O que os empregadores da Terceira Onda precisam cada vez mais, por conseguinte, são homens e mulheres que aceitem responsabilidade, em que compreendam como o seu trabalho se combina com os dos outros, que possam manejar tarefas cada vez mais complexas, que se adaptem rapidamente a circunstâncias modificadas e que estejam sensivelmente afinados com as pessoas em volta deles. (TOFFLER, 1997, p. 378-379).

A migração trouxe todo um novo contexto e realidade para o âmbito nacional e global, pela imediata necessidade de incorporar e assessorar as pessoas que adentram os territórios, com fins de se estabelecer (ou de forma transitória), que igualmente clamam por auxílio, desde do mais básico, até o próprio sustento material. Nesse interim, que está alocado o viés do labor, busca-se dignificar ou retomar a dignidade humana dessas pessoas, que por vezes deixaram ou perderam tudo que possuíam (material e moralmente), obrigadas a reiniciar suas vidas em todos os aspectos.

E nessa mesma esteira de pensamento e necessidade surgida do avanço tecnológico, instabilidades financeiras e as próprias migrações, na vanguarda do que se tornaria a sociedade atual, Toffler aponta no seu prognóstico (do longínquo ano de 1980), o emergir do “prossumidor”, sendo o indivíduo que ao mesmo tempo que produz algum tipo de mercadoria/serviço para venda,

também ele próprio consumiria seu produto; agir que não somente estaria contribuindo para a sociedade mas melhorando o próprio ser humano em si, financeira, intelectual e produtivamente.

Em vez de se graduarem as pessoas pelo que possuem, como faz a ética do mercado, a ética do prossumidor dá um alto valor ao que elas fazem. Ter dinheiro bastante ainda é acompanhado de prestígio. Mas outras características também contam. Entre estas estão a confiança em si mesmo, a habilidade para se adaptar e sobreviver em condições difíceis e a habilidade para fazer coisas com as próprias mãos – que seja construir uma cerca, preparar uma grande refeição, fazer as próprias roupas ou restaurar uma arca antiga. (TOFFLER, 1997, p. 381).

No próprio Brasil, vemos que os índices de trabalho (em que pese todo o avanço tecnológico, acesso à educação e a globalização) são marcados muito mais pelo trabalho informal ou familiar, do que pelo próprio mercado formal. No artigo da Folha de São Paulo, de setembro de 2017³, constata-se que a cada dez novos empregos, sete são gerados pela informalidade (segundo o IBGE), pois a constante necessidade de especialização, alcance de metas e mudanças de objetivos dos empregos formais, levam a uma crescente margem de desemprego, sem contar o aumento exponencial da própria população nacional e o percentual de imigrantes que aportam no País, não possibilitam uma real absorção no mercado formal.

Desse modo, na contramão do estritamente tecnológico, os prossumidores que resgatam profissões como artesãos ou mesmo funções que eram consideradas inferiores, hoje são altamente rentáveis e propiciam quando bem administradas, até mesmo contratação de terceiros e aumento na produção, como por exemplos a função de “marido de aluguel”, costureira, doceiros, jardineiros, técnicos em eletrônica e eletricidade, etc.

³ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1923102-7-em-cada-10-novos-empregos-gerados-sao-informais-aponta-ibge.shtml>. Acesso em: 16/04/208.

Essa nova geração de prossumidores, norçada por imigrantes, provém toda uma gama de auxílio e oportunidades (sem mencionar o regate da dignidade humana) de uma parcela da população que beira a marginalização profissional, sem mencionar a discriminação sexual da mulher e sua exploração. No refletir de Toffler, o novo agir do prossumidor teria dupla função: além de auxiliar materialmente no prover um labor e remuneração, haveria um efeito colateral benéfico que seria observado

[...] enquanto muitas pessoas da Terceira Onda dividirem suas vidas entre trabalhar em tempo parcial em companhias ou organizações interdependentes e trabalhar em tempo parcial para si mesmas e a família, em pequenas unidades autônomas de prossumo, poderemos muito bem chegar a um novo equilíbrio entre a objetividade e a subjetividade nos dois sexos. (TOFFLER, 1997, p. 382).

Logo, a própria discriminação (e exploração) da mulher, conjuntamente ao imigrante, poderia ser eliminada no agir laboral que aproximasse cada vez mais a profissão do âmbito nuclear da família e proporcionasse uma integração com os vários membros da sociedade, sejam eles nacionais ou estrangeiros, permitindo uma quebra de paradigma e elevando o multiculturalismo necessário para uma sociedade cada vez mais global.

Toffler apresenta outro escopo para o prossumo, que vai além do próprio labor e busca de subsídio para a vida; demonstra uma mutação na própria forma de viver, quando o ser humano começará a captar e entender as dinâmicas do trabalho e o meio ambiente em que vive, harmonizando-se e conectando-se a partir de uma elevação consciencial, alterando sua relação com o diverso e estabelecendo novos objetivos para a própria sociedade, demonstrando que

Acima de tudo estas pessoas parecem aspirar a conseguir equilíbrio em suas vidas – equilíbrio entre trabalho e recreio, entre produção e prossumo, entre trabalho mental e trabalho manual, entre o

abstrato e o concreto, entre objetividade e subjetividade. E verão e se projetarão em termos muito mais complexo do que quaisquer pessoas anteriores. [...] simplesmente e orgulhosamente, espera-se uma raça – e uma civilização – que mereça ser chamada humana. (TOFFLER, 1997, p. 384-385).

Na metamorfose (quase Kafkaniana), descrita por Toffler, constata-se o roteiro eficaz para a mudança da sociedade hodierna, ainda que em parte, para que consiga um total alcance de sua potencialidade moral e intelectual, obtendo em lapso temporal mais elevado, uma melhoria em todas as áreas da vida privada, social, individual e coletiva, em que o bem comum possa imperar sobre os interesses mesquinhos de grupos de interesse e objetivos velados.

Contudo, ainda turva uma perspectiva de solução de várias das celeumas apresentadas, no que condiz diretamente com a geração e manutenção laboral, de forma digna e hígida, ao contrário, constata-se uma elevação em sua problemática. Em um sucinto resumo das questões superficialmente levantadas no presente ensaio, consta-se que o desemprego tecnológico existe e é uma realidade, independente do que autores, analistas econômicos, sociólogos, governos e empresários digam. Deve-se atentar para que essa realidade não se torne efetiva ou uma rotina para dias vindouros, uma vez que alguns estariam minando o futuro de todos e “incapacitando” uma mão de obra de milhares de indivíduos, em detrimento de lucro imediato e poder.

Considerações finais

Pela temática apresentada, constata-se a necessidade de grandes melhorias em âmbito mundial e principalmente na esfera nacional. As políticas públicas de educação, cursos técnicos, capacitação e ensino de nível superior, já deveriam há muito tempo estar voltados ao preparo para o mercado de trabalho e não somente instruindo a teoria (necessária e impreterível), mas que somente

nesse pensamento não atenderia a própria demanda que o mercado exige. A educação traduz-se um dos pontos chave para a superação do desemprego e da incapacitação técnica, ainda que se tenha visto nas linhas acima, que uma exclusão tecnológica esteja em curso e de que muitas vezes o tempo necessário para a instrução e a preparação do indivíduo e para o atendimento da nova tecnologia, não seja compatível com a aplicação prática, a não preparação mostra-se ainda pior. A partir do momento em que alcançar-se um nível de pensamento e de instrução lógico, que permita entender um problema e como contorná-lo, a própria solução da contenda já poderia ser adquirida pelo pensamento claro e analítico dos seus vetores. O desemprego tecnológico foi criado e desenvolvido pelo homem, nada mais claro de que o homem alcance sua solução, na mesma preponderância em que concebe técnicas para produzir e lucrar mais. Conforme alguns autores apontam, enquanto a matemática não ser aplicada a equação do desemprego, nada será resolvido. Explica-se: os bens e serviços desenvolvidos para o público consumerista, condiz na mesma sociedade que estará sem emprego, e conseqüentemente, sem capital para consumir os produtos e serviços desenvolvidos, ou seja, será gerada uma demanda e um produto em longa escala, sem, contudo, ter um público alvo que possa comprar tais mercadorias. Assim, a cada indivíduo privado de seu emprego e salário, extingue-se um consumidor em potencial inferindo no equilíbrio entre o consumir e o produzir, gerando a instabilidade. Os produtores e empresários, deveriam ponderar tais questões, para que futuramente não se alcance uma produtividade plena e eficaz, sem contudo possuir um consumidor compatível para adquirir, ocasionando então uma crise social e econômica sem precedentes, bem como lançando o homem e suas conquistas de volta a época da Revolução Industrial e seus pleitos de melhorias e humanização das relações trabalhistas e comerciais, demonstrando mais uma vez, que a vida e suas relações são cíclicas e inevitáveis. Sendo nesse aspecto que Alvin Toffler lança a sua teoria (e atual prática) do prossumidor, como um vantajoso roteiro para a solução de problemáticas enfrentadas

pela sociedade contemporânea, em que o desemprego atinge a cada medição, novos e alarmantes índices – ao tempo em que reifica e dilapida a dignidade humana, provocando efeitos perniciosos no tecido social – o Autor indica uma saída através da própria evolução consciencial humana, que lhe auxiliaria tanto em aspecto material, como no moral, realizando uma total quebra de paradigmas, inclusive na forma de tratamento com o diverso e nas relações laborais, posto que não teria somente como objetivo o alcance de sua manutenção e subsídio material, mas um equilíbrio com o próprio meio ambiente e a introspecção necessária para voltar-se a família e a comunidade, conseguindo tempo hábil para produzir para a sociedade e para si próprio, elevando a qualidade de vida e benefício do bem esta comum.

Referências

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**. São Paulo: Bontempo, 2000.

_____. **Desemprego estrutural e trabalho precário na era da globalização**. Disponível em: <http://www.economiabr.net/2003/10/01/desemprego.html>. Acesso em: 07/12/2012.

CASTEL, Robert. **As armadilhas da exclusão**. in BELFIORE-WANDERLEY, Mariângela, (Orgs). **Desigualdade e a Questão Social**. São Paulo: Edit. Educ, 1997.

COUTO, Joaquim Miguel. **A visão clássica da ameaça do desemprego tecnológico**. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EconRev/article/view/13066/8016>. Acesso em: 16/04/2018.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Edit. UNESP, 1997.

MACHADO, Raimar. **Igualdade, liberdade contratual e exclusão por motivo de idade, nas relações de emprego**. 1. ed. Porto Alegre: Magister, 2011.

- MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. **Transformações econômicas recentes e mudanças no mundo do trabalho**. In: OLIVEIRA, Marco Antonio. (Org). **Economia & Trabalho**: textos básicos. Campinas: UNICAMP/IE, 1998.
- MONTECLARO, Jorge. **Desemprego Estrutural e Tecnologia da Informação**. Disponível em: http://pessoal.iconet.com.br/lauro/Meus%20Artigos/Desemprego_estrutural_e_tecnolog.htm. Acesso em: 16/04/2018.
- PASTORE, José. **Evolução tecnológica**: Repercussões nas relações de trabalho. 2005. Disponível em: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_246.htm. Acesso em: 16/04/2018.
- PERCHE, Amélia Cristina Oliveira. **Desemprego estrutural**: o desafio constitucional em face da exclusão. 2011. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6307/Desemprego-estrutural-o-desafio-constitucional-em-face-da-exclusao>. Acesso em: 16/04/2018.
- PICCHETTI, P.; MENEZES-FILHO, N. A. **Os Determinantes da Duração do Desemprego em São Paulo**. In: CHAHAD, J. P. Z.; FERNANDES, R. (Orgs.). **O Mercado de Trabalho no Brasil: políticas, resultados e desafios**. Ministério do Trabalho e Emprego, 2002.
- RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.
- SABBATINI, Renato M. E. **Desemprego e Tecnologia**. 2004. Disponível em: <http://www.epub.org.br/correio/corr312i.htm>. Acesso em: 16/04/2018.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O direito do trabalho e o desemprego**. São Paulo: LTr, 1999.
- TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Trad. de João Távora. 22^a ed. Rio de Janeiro: Record. 1997.
- OSÓRIO. Tito Lívio Gomes. **Tecnologia e desemprego**. 2005. Disponível em: http://www.aedb.br/seget/artigos05/360_Artigo%20Tecnologia%20e%20desemprego.pdf. Acesso em: 16/04/2018.

Os benefícios da Justiça Restaurativa no processo de ressocialização dos apenados

Eliete Teixeira¹

Linara da Silva²

Introdução

A presente pesquisa visa demonstrar os benefícios da aplicação da Justiça Restaurativa no processo de ressocialização dos apenados, demonstrando as consequências do processo histórico no atual modelo penal e o resultado desse modelo na vida dos apenados, apresentando a Justiça Restaurativa como um meio eficaz de resolução de conflitos capaz de diminuir os gravames ocasionados pela segregação e exclusão social.

Na sociedade atual, onde os conflitos são cada vez mais presentes, é extremamente necessário se pensar em formas alternativas de resolução de conflitos que tratem o cerne dos problemas e auxiliem na ressocialização dos indivíduos. A Justiça Restaurativa tem-se mostrado como um instrumento hábil para atender essa necessidade ao passo que auxilia no tratamento das causas que desencadeiam os conflitos. Ainda, cabe destacar que os procedimentos restaurativos auxiliam no processo de aceitação dos

¹ 141280@upf.br.

² linara@upf.br

apenados pela sociedade se esta for inserida nos procedimentos, de forma que esta passa ver os apenados com outra lente.

Entretanto, existem óbices a implementação das práticas restaurativas no ambiente prisional e para que esses problemas sejam dirimidos é necessário que sejam tomadas atitudes efetivas do poder público a fim de propiciar a aplicação dos procedimentos restaurativos aos apenados. A fim de melhor esclarecer essa problemática, passar-se-á a uma breve análise do sistema prisional brasileiro e da justiça restaurativa e, posteriormente, abordar-se-á a Justiça Restaurativa como um mecanismo de ressocialização dos apenados.

2. O sistema prisional brasileiro

Inegável é que o sistema penal atualmente posto, não surgiu como uma proposta pronta e acabada, mas é o resultado de uma série de mudanças e evoluções que se deram no período histórico. Inobstante à situação no cenário internacional, no Brasil, antes do período de colonização (até o século XV) vigia a vingança privada, com disparidade de sanções, mas com predomínio das penas corporais, sem tortura. A partir da colonização do Brasil, passou a vigor o chamado Direito Lusitano. Primeiramente submetido as Ordenações Afonsinas e em seguida às Ordenações Manuelinas, porém, nenhuma delas eficaz para solucionar as peculiaridades da Colônia. Na realidade, haviam diversos decretos e leis que visavam resolver os problemas que se apresentavam na Colônia. No entanto, a aplicação do direito e sua interpretação de dava de forma totalmente discricionária pelos donatários, sem nenhum parâmetro a ser seguido, o que demonstra o caráter catastrófico do Direito da época. (BITENCOURT, 2014, p. 89)

No século XIX, após a independência do Brasil (1822), foi editado o Código Criminal, que seguiu a visão iluminista da Constituição vigente na época. Entre outras peculiaridades desta legislação está uma das formas de atenuante ou agravante de pena,

que era a sensibilidade do indivíduo. Essa disposição foi inspirada nos ensinamentos de Jeremias Benthan. No entanto, embora tenha sido influenciado pelos ensinamentos de Benthan, o Código Penal Imperial apresentava um texto retributivo, marcado pelo pensamento contratualista da sua época. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 208-209)

Após a Proclamação da República, em 15 de Novembro de 1889, urgia a necessidade de elaboração de nova legislação penal, por essa razão, foi elaborado e aprovado às pressas o conhecido Código Penal Republicano, um dos piores da História do Brasil. Entre outras críticas a serem tecidas contra o referido Código, merece comento o fato de que esta legislação ignorou totalmente os avanços doutrinários que haviam sido atingidos na época, fazendo com que fosse um Código atrasado para o seu tempo. Por essa razão, fez-se necessária a edição de diversas leis extravagantes que, posteriormente, foram compiladas na chamada Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe em 1932. (BITENCOURT, 2014, p. 91)

A substituição do Código Penal Republicano aconteceu a partir de projeto elaborado por Alcântara Machado. O Código Penal de 1940 era um Código extremamente rígido, rigoroso, autoritário e de cunho ideológico. Era repleto de medidas de segurança que, na realidade, serviam como forma de prolongar a prisão dos indivíduos inclusive, perpetuamente, com a máscara de medida de segurança. Tratava-se de instrumento de neutralização de indesejáveis, mantendo-os afastados da sociedade por períodos prolongados. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 213-214)

Com a publicação do Código Penal em 1940, foi abandonado o projeto do Código Penitenciário, pois este continha diversos dispositivos que iam de encontro ao disposto na nova legislação, que trazia inovações, entre elas, a atuação do Judiciário na execução da pena e o preparo técnico dos agentes administrativos do sistema. Em substituição ao Código Penitenciário, surgiu o Livro IV, do Código de Processo Penal, promulgado em 1941, que

foi a primeira disciplina legal brasileira da execução de pena e medida de segurança. Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1946, deu-se início novamente à elaboração de projetos de um Código Penitenciário. (ALMEIDA, 2014, p.31)

Diante da urgente necessidade de modificação da lei penal voltou-se a iniciativa de reforma dos Códigos. Assim, em 1981, o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, criou uma comissão, coordenada por Francisco de Assis Toledo, para elaboração de anteprojeto para a Lei de Execução Penal (LEP), que veio a ser sancionada em 1984. Esta Lei encerrou um longo período de esforços doutrinários e legislativos que visavam munir o País de um sistema de execução penal. Surge, ainda, como resposta às reivindicações da comunidade jurídica que aclamava a necessidade da consolidação de que a execução penal fosse jurisdicionalizada, mais humana, responsável e compatível com o Estado de Direito, com caráter voltado à prevenção especial positiva e a harmônica integração social do condenado e do internado, conforme preleciona o primeiro dispositivo deste diploma legal. (ALMEIDA, 2014, p. 34)

Ainda no ano de 1984, houve a reformulação da parte geral do Código Penal de 1940 que humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão. No entanto, embora a legislação atual traga muitas opções, o sistema penitenciário não tem infraestrutura para atender às necessidades destas penas alternativas. Essa falta de estrutura diminuiu substancialmente as opções do Judiciário na busca de meios para dar operacionalidade às penas restritivas de direito. (BITENCOURT, 2014, p. 92)

Conforme já destacado anteriormente, a LEP veio de encontro aos desejos da comunidade jurídica que buscava pela inclusão nas finalidades da pena da reinserção social. Dessa forma, o objetivo da execução penal é dar efetividade à sanção penal judicialmente imposta, sem, no entanto, negligenciar a necessária socialização ou ressocialização, visando a posterior reinserção social do apenado. Em busca de tais objetivos o Estado deverá

contar com a cooperação da comunidade, que vem se tornando indispensável para execução das sanções (penas e medidas de segurança), fato este que se deve principalmente à incapacidade do próprio Ente Estatal de atender minimamente às necessidades populacionais. (MARCÃO, 2012, p. 18).

De acordo com Roig (2017, p. 24), a chamada prevenção individual positiva, ou prevenção especial positiva, é irreal pela própria essência do encarceramento que se tem no Brasil. Em primeiro plano, porque o Estado não possui políticas públicas concretas e duráveis que deslindem na integração do apenado à sociedade. Ademais, o encarceramento por si só gera a dessocialização do indivíduo, além de outros consectários como a rotulação, o repúdio social e o afastamento familiar, resultados estes inviáveis à finalidade ressocializadora.

No Brasil, a Execução Penal é regulada pela LEP que, embora esta lei já tenha vigência há mais de 33 anos, ainda não atingiu a eficácia social que dela se espera. As normas programáticas não se materializam o que deslinda em sua não efetividade no sentido de não ressocializar. Da forma como a execução penal ocorre, a LEP não é nada além de uma lista de intenções já que não é suficiente ter uma série de direitos assegurados se não há as ferramentas necessárias para as práticas que a lei garante e define. (MARCÃO, 2012, p. 61)

Atualmente o Brasil tem a quarta maior população carcerária estando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Um ponto interessante é que esta população vasta foi adquirida há pouco tempo, mais precisamente a partir do ano 2000. Cabe ressaltar que destes presos, mais de um terço são provisórios, ou seja, não têm condenação. Esse fato é um reflexo da cultura de encarceramento que vem se difundindo na sociedade. (FELBERG, 2015, p. 11)

Como resposta a esse encarceramento exacerbado tem-se a superlotação dos presídios. Devido a superlotação requisitos básicos da Lei de Execuções Penais são violados. A exemplo disso,

temos que o texto legal prevê que cada preso tenha um espaço físico de seis metros quadrados. Conforme dados da Fundação Joaquim Nabuco, em Belo Horizonte/MG, há condenados que têm espaço físico de 30 cm. Em razão disso, há casos absurdos em que os presos têm que realizar revezamentos para dormir e muitos acabam prendendo seus corpos as grades, pois não há espaço físico para que todos deitem no chão. (PORTO, 2008, p. 22)

Portanto, pode-se afirmar que existe um antagonismo entre o encarceramento e os modernos ideais educativos, pois estes últimos promovem a individualidade e o autorrespeito do indivíduo estimulado pelo respeito que recebe do educador. As práticas degradantes que marcam o início da segregação, que despojam o encarcerado de elementos que o fazem sentir-se um ser autônomo, são opostos a tudo isso. A educação faz surgir no indivíduo o sentimento de liberdade e espontaneidade, a vida nas prisões tem um caráter repressivo e uniformizante. (BARATTA, 2013, p. 183-184)

Conforme preleciona Rolim (2014, p. 143), a exclusão escolar é uma constante na vida dos jovens em conflito com a Lei. Dos dezessete jovens entrevistados pelo autor, apenas um não foi vítima de exclusão, mas, ainda assim, não logrou uma experiência de sucesso na escola. De acordo com dados constantes da pesquisa, dos adolescentes e jovens internados na Fundação do Atendimento Socioeducativo (Fase) o percentual de defasagem escolar é de 100%, enquanto no Brasil e no Rio Grande do Sul gira em torno de 63% e 58%, respectivamente.

Diante disso, a exclusão social que tem como base a exclusão educacional que é elemento que influi diretamente na formação da população carcerária brasileira. Dessa forma, os indivíduos excluídos da sociedade tendem a cometer novos delitos, pela falta de oportunidades. Assim, a reintegração social dos apenados não pode ser analisada como procedimento separado de sua inicial integração social. (FELBERG, 2015, p. 14)

Ademais, a falta de socialização não é o único problema a ser enfrentado na busca de cumprir as finalidades da pena. Mesmo com a evolução social que ocorreu na sociedade e na forma de punição, ainda há muito que precisa ser mudado. O processo penal ainda tem como função escolher alguns daqueles indivíduos indesejados, dos quais a sociedade quer ver-se livre, dos quais se tem aversão para “destruí-los”. No entanto, como a lei não permite que estas pessoas sejam extinguidas fisicamente, então a essas pessoas foi reservado o cárcere. (CARVALHO, 2013, p. 129)

Da mesma forma que a delinquência acarreta uma reação social, é correto afirmar que diversas reações da sociedade, sejam elas institucionalizadas ou não, também são passíveis de contribuir à delinquência. Entre estas reações encontram-se a utilização de sanções estigmatizantes, a manutenção do indivíduo em um ambiente penitenciário insalubre, o emprego de medidas que vitimizam o encarcerado, entre elas o preconceito e a discriminação. (FELBERG, 2015, p. 64)

Na antiguidade (entre os séculos VII a.C. e V d.C), as marcas corporais eram produzidas a fim de indicar à sociedade que quem portava tal marca era um delinquente ou um escravo, alguém que ocupava posição inferior aos demais, de cuja pessoa deveria se evitar contato próximo, a marca, portanto, necessitava ter uma visibilidade maior. Atualmente, a marca social que representa o estigma não possui essa visibilidade, mas o tratamento distinto despendido aos estigmatizados pode aumentar a evidência do estado singular dessa pessoa. (OMOTE, 2004, p.295)

Os apenados são rotulados pela sociedade, ultrajados, recebem tratamento desumano em presídios superlotados e, em razão do cumprimento de pena, não são aceitos socialmente. O estigma de ex-presidiário impõe empecilhos ao convívio social e a integração social do apenado. Ademais, o estigma acaba privando o egresso de oportunidades de emprego, sendo um obstáculo para sua entrada no mercado de trabalho. (KOSMINSKY; PINTO; MIYASHIRO, 2005, p. 51)

Frente a todas estas dificuldades acaba-se por não cumprir a finalidade pedagógica da pena, sendo faltoso quanto à ressocialização, ou integração social do condenado. Verifica-se que o percentual de reincidência dos apenados submetidos a pena privativa de liberdade é deveras maior do que o dos apenados submetidos a penas restritivas de direito, sendo o dos primeiros de aproximadamente 89% enquanto o percentual de reincidência dos segundos gira em torno de aproximadamente 9%. Frente a isso, pode-se concluir que a falha está no sistema prisional, que deve receber mudanças consistentes. (NUNES, 2016, p. 05)

Ademais, cabe ressaltar que, embora um indivíduo que tenha delinqüido, seu processo de ressocialização não depende única e exclusivamente de sua vontade, mas está deveras atrelado a necessidade de apoio por parte da sociedade. É imperioso ao conceito de reintegração social a concreta participação da sociedade dentro do ambiente dos cárceres e no apoio daqueles que se livraram da privação de liberdade, mas não romperam com os rótulos que os impregnaram.

3. Justiça Restaurativa: um meio efetivo de resolução de conflitos

Em contrapartida do sistema penal atualmente posto, desenvolveu-se a Justiça Restaurativa, no Ocidente, a partir de um programa de reconciliação entre vítimas e ofensores após a decisão judicial, realizado no Canadá, em 1974. Nos anos de 1980, com os trabalhos de diversos autores, entre eles Howard Zehr, e os esforços de diversas autoridades, as práticas restaurativas tornaram-se uma significativa ação social de luta pela reforma da justiça criminal na década seguinte. (ACHUTTI, 2016, p. 55)

As primeiras obras sobre Justiça Restaurativa foram o reflexo da insatisfação com o sistema criminal posto e sua ineficácia. O interesse por esse novo modelo de justiça, surgiu, no Ocidente, a partir de um programa de reconciliação entre vítimas e ofensores

após a decisão judicial, realizado no Canadá, em 1974. Nos anos de 1980, com os trabalhos de diversos autores, entre eles Howard Zehr, e os esforços de diversas autoridades, as práticas restaurativas tornaram-se uma significativa ação social de luta pela reforma da justiça criminal na década seguinte. (ACHUTTI, 2016, p. 55)

No Brasil, a primeira regulamentação da Justiça Restaurativa ocorreu com a edição pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Resolução nº 225/2016, a qual traz em seu art. 1º, caput³, o conceito de Justiça Restaurativa. Da definição legal, denota-se que não há um conceito fechado do que é Justiça Restaurativa, mas a Resolução traz apenas um norte. Assim, pode-se afirmar que práticas restaurativas são aquelas em que se objetiva a resolução dos conflitos e dos fatores geradores de conflitos. Ainda, pode-se extrair deste conceito que existem determinados princípios que norteiam tais práticas, bem como um dos objetivos destes procedimentos é a conscientização dos participantes.

Conforme Zehr (2008, p. 176) o objetivo central da Justiça Restaurativa não é punir, mas sim restaurar, curar. Cabe ressaltar que essa cura não implica no esquecimento ou minimização da violação sofrida pela vítima, mas na sua recuperação. É conceder à vítima o direito de voltar a ter sentido na vida e sentir-se segura e no controle, ao mesmo tempo que o ofensor deve receber um incentivo para mudar. Ambos devem ter a chance de reiniciar suas vidas, isso é a cura.

Os procedimentos restaurativos devem ser norteados por alguns princípios. A Resolução 225/2016 do CNJ em seu art. 2º, caput⁴, traz os princípios norteadores do referido instituto. Do

³Art. 1º. [...] um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado[...].

⁴ Art. 2º. São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

diploma legal, extrai-se que na realização das práticas restaurativas as partes devem estar de livre e espontânea vontade, não podendo ser compelidas a participar do procedimento. Ademais, a pessoa do facilitador não exerce papel hierárquico em relação às partes, mas está no mesmo plano que elas como um instrumento que ajude na fluência do diálogo. Ainda, todas as informações compartilhadas durante as práticas são sigilosas, só ficando documentado o acordo realizado pelas partes.

Destaque-se que, a Justiça Restaurativa, embora siga um conjunto de princípios e tenha objetivos definidos, não é um sistema engessado que segue um procedimento rigorosamente preestabelecido. Trata-se, no entanto, de um procedimento que pode ser volátil de acordo com as necessidades das partes envolvidas para que elas possam chegar a uma solução do conflito. É um procedimento através do qual as experiências de cada envolvido compartilhadas com o grupo podem mudar a forma dos outros de enxergar o mundo e o conflito. (ACHUTI, 2016, p.66-67).

Existem diversas metodologias que tem sido desenvolvidas as quais são inseridas na Justiça Restaurativa. Entre os diversos exemplos de práticas restaurativas estão os chamados Círculos de Construção de Paz, que visam, simultaneamente, reparar um dano já causado e fortalecer as relações para o futuro. Essas práticas são baseadas em antigas técnicas indígenas e são inspiradas em conhecimentos milenares que consideram o círculo como uma visão de mundo. A visão que se procura passar através do círculo sobre o mundo é que tudo está interconectado e, apesar disso, há partes distintas que devem manter o equilíbrio, bem como, que cada componente contribui para o todo e tem valor igual. (VASCONCELOS, 2008, p. 125)

Os círculos de construção de paz embasam-se em quatro pressupostos inter-relacionados. O primeiro é a percepção íntima do indivíduo do seu desenvolvimento social e emocional como humano. O segundo é a prática da atenção plena que auxilia-o no pleno desenvolvimento como ser. O terceiro fundamento é os

círculos de construção de paz que são, principalmente, locais de criação de novos elos e relacionamentos. Por fim, o quarto fundamento é o empoderamento seja da família ou da comunidade, dependendo em que âmbito está sendo aplicado. (BOYES-WATSON; PRANIS, 2011, p. 15-16)

Esse método pode ser utilizado em diferentes locais e com diferentes públicos. Nos bairros, como auxílio às pessoas que sofreram com o crime e como forma de estabelecer a sentença de quem o praticou. Nas escolas, é utilizado para criar um ambiente de convívio saudável e laços necessários ao procedimento educacional. Nos locais de trabalho, para a resolução de conflitos. Na assistência social, como forma de fornecer apoio às pessoas que estão em busca de reconstruir suas vidas. Os círculos não se restringem a apenas uma situação, mas são voláteis, podendo ser aplicados em diversos casos e para distintas finalidades. (PRANIS, 2010, p. 16)

Um dos conceitos que são sustentados nos círculos restaurativos é o de interconectividade. A teoria do caos preceitua que, quando uma borboleta bate as asas na América do Sul, o vento muda na América do Norte. Assim, acredita-se que toda ação que qualquer integrante da sociedade realize, reflete nos demais, mesmo que quem pratica a ação não perceba essa influência. Dessa forma, é impossível banir, ou livrar-se de alguém, parte da sociedade, sem suprimir parte do próprio ser. (BOYES-WATSON; PRANIS, 2011, p. 23)

Os componentes do círculo exercem uma função primordial na projeção de seu próprio espaço de duas formas. Primeiramente, discutem os valores que são significativos para eles e para todos os que querem trazer para a interlocução. Estabelecem a base do ambiente do círculo com os valores. Posteriormente, os participantes operam em equipe para determinar as diretrizes para o debate. As diretrizes retratam as condutas que os integrantes sentem que farão do círculo um lugar seguro para que expressem suas verdades. Não se tratam de limitações rigorosas, mas apontamentos que dão

suporte às perspectivas comportamentais que os membros do círculo compartilham. Não se tratam de imposições aos partícipes, mas são aplicadas por consensualidade no círculo. São elaboradas pelo conjunto dos integrantes que concordam com elas e, então, esteiam-se reciprocamente para respeitá-las no procedimento. (BOYES-WATSON; PRANIS, 2011, p.39)

Não só quanto aos valores e diretrizes, mas, no círculo, todas as decisões são tomadas por consenso. Isso não é sinônimo de entusiasmo por parte de todos os participantes por todas as decisões, mas significa que todos devem estar preparados para seguir aquela decisão e corroborar para sua implantação. Antes de debater a razão pela qual se está realizando círculo é necessário que todos os participantes se conheçam e criem relacionamentos. Praticamente a metade do período pode ser empregado na estruturação de um ambiente para a posterior discussão a respeito do conflito. (PRANIS, 2010, p. 27)

Dentro do círculo está sempre presente a ideia de que todos os seres humanos desejam ter bons relacionamentos nos quais recebem e dão amor e respeito. Pode ocorrer de não tornarem isso explícito em seus comportamentos, mais especificamente quando sofreram pela falta de amor e respeito. Mas no âmago do ser todos desejam relacionar-se bem com os demais. Dessa forma, deve-se buscar não pensar na natureza humana como algo negativo. Costuma-se enfatizar os malefícios da ganância, da raiva, do medo e da inveja, mas o que é necessário atualmente é relembrar a bondade humana ou, até mesmo, despertá-la nos indivíduos. (BOYES-WATSON; PRANIS, 2011, p.24)

Os círculos de construção de paz podem ter diversos objetivos, o ressarcimento de um dano, a construção de relacionamentos, a resolução de conflitos, a celebração ou o reconhecimento e a reintegração. O círculo de reintegração reúne o indivíduo com a comunidade da qual ele esteve separado por determinado período de tempo visando propiciar a aproximação e o acolhimento resultando na restituição deste indivíduo àquela

sociedade. Esse modelo de círculo pode ser usado para propiciar um retorno à sociedade de indivíduos que estiveram recolhidos às prisões. (PRANIS, 2010, p. 30)

Como exemplo de práticas que vem aplicando a metodologia dos Círculos de Construção de Paz dentro das prisões tem-se as Escolas de Perdão e Reconciliação que surgiram em Bogotá, na Colômbia, na primeira década do século XXI, a partir da experiência do Padre Leonel Navaéz. O primeiro trabalho era voltado a dar assistência e mediar de forma pacífica conflitos entre as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, o estado e suas vítimas. O cerne da existência das Escolas de Perdão e Reconciliação está ligado ao fato de que a violência tem razões externas, mas também fatores internos, como ódio, mágoas, desejos de vingança, o objetivo é, por meio de práticas restaurativas atender a essas necessidades. (MATOS, 2006, p. 105)

No Brasil, o projeto foi idealizado pela ONG Centro de Direitos Humanos e Educação Popular tendo chegado à Pastoral Carcerária como um mecanismo para a implantação da Justiça Restaurativa. Nesse contexto, as Escolas de Perdão e Reconciliação (ESPERE) utilizam-se de práticas restaurativas a fim de reparar a ofensa sofrida pelas vítimas, buscando atender às necessidades dos envolvidos no conflito. Essa mudança de paradigma, em que o ofendido passa a lidar com as suas carências, é primordial para desviá-lo do desejo de vingança e do desejo de ver o sofrimento do ofensor. Inegavelmente, o ato de punir humilha e, embora isso satisfaça os desejos humanos, não é útil para o estabelecimento da justiça e da paz social. Punir remete ao passado, ao delito, enquanto restaurar é pensar e planejar o futuro, aquilo que ainda está por vir. (GRAZIOLA, 2015, s/p.)

As Escolas de Perdão e Reconciliação foram as primeiras experiências de utilização de procedimentos restaurativos no âmbito prisional. Os resultados positivos e a expansão da Justiça Restaurativa fizeram com que surgissem novos projetos. Esses projetos vem trazendo muitos resultados satisfatórios à sociedade e

aos próprios apenados que se sentem vistos como seres humanos dignos de serem ouvidos.

4. A ressocialização dos apenados por meio da Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa pode ser uma importante aliada no processo de ressocialização dos apenados e isso se deve, em grande parte, a um dos pressupostos dos procedimentos restaurativos: todo ser humano tem o desejo de estar em bons relacionamentos. Quando se analisa a fundo a vida de cada indivíduo, percebe-se que, embora tenham passado por um momento de dificuldade, há ainda, incutido em sua essência, a vontade de estar em bons relacionamentos, de ser reconhecido como ser humano. Partindo-se disso, pode-se afirmar que todos os seres humanos têm princípios comuns, independentemente de já terem delinquido.

Diante disso, a realização de procedimentos restaurativos com apenados visa dar a eles a capacidade de retomar suas vidas no pós-cárcere. O momento de encarceramento despe os presos de suas vidas e seus sonhos, com a Justiça Restaurativa objetiva-se proporcionar aos indivíduos meios de terem novos projetos para o futuro. Na verdade, os círculos acabam por fazer com que os indivíduos criem perspectivas de um porvir melhor.

Entre os projetos que vêm desenvolvendo práticas restaurativas com apenados, têm-se o Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa (MEDIAJUR) da Universidade de Passo Fundo (UPF), que é um programa de extensão da universidade, coordenado pelo curso de Direito e desenvolvido em parceria com os cursos de Pedagogia e Serviço Social. A partir do mês de abril de 2017, o MEDIAJUR, passou a desenvolver atividades de Justiça Restaurativa com apenados realizando intervenções objetivando a sua ressocialização. As ações são realizadas a partir de uma abordagem integrada, solidária e humana através de procedimentos circulares, que compõe-se dos princípios

norteadores da Justiça Restaurativa e da Mediação, como instrumentos de restauração das relações sociais e familiares. (UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO, 2017, s/p)

A importância do projeto está ligada à necessidade de inclusão de procedimentos que tornem possível a reaproximação entre apenados que estão segregados e a sociedade. Utilizando-se dos ensinamentos de Rolim (2006, p.238), pode-se concluir que quando se vincula a própria condição humana com a condição dos demais com uma relação de interdependência, desenvolve-se a consciência de que um dano causado no outro irá afetar a si próprio. O círculo restaurativo é um momento em que os apenados são levados a pensar e ver o outro como ser interdependente auxiliando-os no dimensionamento das consequências de suas ações.

O MEDIAJUR vem desenvolvendo as atividades com os apenados que cumprem pena em regime semiaberto no Presídio Estadual de Sarandi/RS. Os círculos ocorrem semanalmente no Campus da UPF em Sarandi e, para frequentar os círculos, os presos recebem autorização judicial para se deslocarem da casa prisional até o Campus. (UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO, 2017, s/p).

De acordo com Boyes-Watson; Pranis (2011, p. 14), nos círculos de construção de paz visa-se iniciar uma caminhada de autoconscientização das relações. O objetivo é ajudar os participantes a compreender e buscar meios salutares de suprir suas carências. Os círculos de construção de paz são procedimentos simples e fáceis de serem compreendidos, o que possibilita que possam ser utilizados em qualquer circunstância e possuem meios capazes de fazer com que os indivíduos melhorem seus relacionamentos consigo mesmos e com os demais.

Os resultados destes procedimentos realizados com os apenados do regime semiaberto do Presídio de Sarandi/RS estão sendo muito positivos, pois se percebe que os presos estão tendo a possibilidade de dar uma nova definição à sua conduta, estabelecendo novos planos de vida partindo do aprendizado emocional e social proporcionado pelos círculos. Essa mudança positiva vem sendo

observada inclusive pela equipe técnica do Presídio que relata que os apenados vem melhorando seus comportamentos e reduzindo a ocorrência de conflitos no Albergue onde estão reclusos (UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO, 2017, s/p).

Para compreender a importância de procedimentos restaurativos no âmbito do cárcere, é necessário compreender que a privação de liberdade gera, em diversas ocasiões, a ruptura completa ou em parte das relações sociais, tendo em vista que o ambiente carcerário não é propício à manutenção dos relacionamentos, pois, além de manter o indivíduo afastado do convívio familiar, permanece em um ambiente onde sofre diariamente influências do sistema em que a punição é o intuito principal. A permanência nesse ambiente pode acarretar problemas de natureza física, psíquica, emocional e moral aos apenados. A junção destes fatores pode influenciar de forma negativa a manutenção das relações afetivas. (BERNARDI, 2014, p. 09).

Esse problema se trata da relação geral entre cárcere e sociedade. Primeiramente, é uma relação entre a sociedade que exclui e o preso que é excluído. Qualquer tentativa de reinserção do apenado encontra óbice na própria natureza da relação de exclusão criada pela prisão. Ao passo que não se pode concomitantemente segregar um indivíduo e reinseri-lo socialmente (BARATTA, 2013, p.186).

No momento em que toma ciência de um delito, independentemente de seu nível de gravidade, a sociedade preocupa-se em punir esse ser, entregando-o ao Estado para tomar as providências cabíveis. Essa é uma forma de negar o problema, uma vez que o corpo social esquece que em algum tempo, este indivíduo segregado será recolocado na sociedade e há uma grande probabilidade de que retorne ainda mais revoltado. A fim de que esse aspecto possa ser mudado é necessário que o preso seja submetido a uma execução penal que propicie tanto a atuação estatal, como também a participação da sociedade. (GUIMARÃES, 2010, p. 397).

Em decorrência das consequências do encarceramento, no sistema prisional é onde se encontra a maior parcela de pessoas com carências psicossociais, o que faz do presídio um local oportuno para o desenvolvimento de práticas restaurativas. No meio carcerário, a Justiça Restaurativa constituiu, entre outras coisas, um método de prevenção de conflitos, por meio do qual os próprios apenados trabalharão na construção de uma cultura de paz. Esses avanços são possíveis devido aos princípios norteadores dos procedimentos restaurativos, os quais são os valores necessários para a idealização de um local estável e equilibrado, fundamental ao implemento de hábitos pacíficos e, em consequência, proporcionando a reinserção social do indivíduo (MENEGETTI; FAVARIN, 2016, s/p).

Ao contrário do que grande maioria da população sustenta, os agressores tem muitos princípios em comum com toda a sociedade. Exemplificando essa realidade, Pranis (2010, p. 40) relata que um grupo de jovens que cumpria pena em uma unidade correcional realizou uma lista de valores e princípios os quais embasariam os procedimentos restaurativos que participavam e, nesta lista, haviam valores como “respeito, mente aberta, responsabilidade, cuidado e consideração pelo outro, honestidade e escuta do ponto de vista alheio.”

Embora sejam experiências recentes, a utilização de práticas restaurativas no ambiente prisional já vem mostrando resultados positivos no que tange ao tratamento penal. Isso se deve ao fato de que a prática da Justiça Restaurativa nas penitenciárias alteram a visão que se têm do cárcere, pois há uma maior humanização do ambiente. As práticas restaurativas melhoram as relações entre presos e agentes, fazendo com que passem a se ver de forma diferente, com mais empatia (BERNARDI, 2014, p. 10).

A partir desse pressuposto, faz-se necessário que ocorra uma mudança na forma como as pessoas vivem fora do círculo restaurativo. Na realidade, o que se busca é a mudança de paradigmas, ou seja, que as pessoas consigam ter uma vida

baseada em pressupostos restaurativos, sem que haja hierarquias entre tipos de pessoas (ex-apeados e *cidadão de bem*). O cerne é a mudança do pensamento individualista por uma noção de coletividade, onde todos os indivíduos estão conectados e são interdependentes. (PALLAMOLLA, 2009, p. 59).

Dessa forma, reafirma-se mais uma vez a necessidade da participação da sociedade no processo ressocializador, principalmente, a fim de que antigos preconceitos que são reproduzidos constantemente sejam dissipados e deem espaço para uma cultura de empatia e de reconhecimento do outro como igual. Mais importante que esconder uma debilidade é tratá-la de forma que esta seja sanada. Ao passo que apenas se pune um indivíduo inculcando nele rótulos permanentes, a ressocialização se torna um objetivo muito mais distante.

Na realidade, o sentimento vingativo da sociedade está muito atrelado à própria evolução da pena, pois nos primórdios das organizações sociais as respostas aos atos que infringiam as regras de convivência eram coletivas, a comunidade toda punia o transgressor. Nesse período havia uma espécie de vingança coletiva, que se diferia de uma pena pois não havia um poder organizado era uma atividade baseada na liberdade, na força e nas disposições individuais de cada um (LOPES JR, 2016, p. 33).

De acordo com os ensinamentos Zehr (2008, p. 80), a partir de perspectivas históricas e transculturais pode-se afirmar que a forma pela qual os indivíduos enxergam o mundo é adequado às lentes específicas que este indivíduo utiliza para enxergá-lo. Restou comprovado pela psicologia moderna que todas as atitudes humanas estão ligadas a razões ocultas intrínsecas ao consciente e subconsciente. Assim, as ações da sociedade e este desejo de vingança tem intensa ligação com o passado histórico onde as sociedades participavam do processo punitivo dos indivíduos.

Rosemberg (2006, p. 37) preleciona que “um tipo de comunicação alienante da vida é o uso de julgamentos moralizadores que subentendem uma natureza errada

ou maligna nas pessoas que não agem em consonância com nossos valores.” Na realidade, esse é o grande problema da sociedade que acaba tornando a consolidação da Justiça Restaurativa uma realidade um tanto distante, as pessoas têm dificuldade de ver sem julgar. A comunicação é determinante para o sucesso de um procedimento restaurativo, para que se obtenham bons resultados é preciso abster-se de prejulgamentos e manter uma comunicação livre de agressividades, mas, para que isso seja possível, é necessário que o anseio por vingança seja tratado.

Outro obstáculo a ser enfrentado para a consolidação da Justiça Restaurativa nos presídios é a da falta de lei que regulamente a prática. Existem diversos projetos esparsos que se desenvolvem a sua maneira, no entanto, carecem de uma legislação que traga embasamento para a prática. Importante destacar que a necessidade de uma legislação é para que a prática seja prevista no ordenamento jurídico e não um roteiro de procedimento, a fim de evitar-se o engessamento, e consequente esvaziamento de sentido da prática.

Ainda, conforme preleciona Zehr (2008, p. 209) a Justiça Restaurativa não é considerada na sociedade como paradigma, pois se está acostumado com o sistema posto. Ademais, ela não pode ser apresentada como um paradigma pronto e acabado, pois a sua efetivação de forma metódica pode desvirtuar a prática.

Dessa forma, para que exista uma efetiva mudança de paradigmas é necessário que o Poder Público tome medidas necessárias para a efetivação da Justiça Restaurativa por meio de políticas públicas. É preciso que o Estado tome iniciativas e mude suas concepções e bandeiras, para que, então, haja uma mudança no sentimento social. É preciso que o Estado se mostre interessado na ressocialização dos apenados e não única e exclusivamente em puni-los, e que invista em campanhas de conscientização da sociedade para esse fim.

Um exemplo de medidas que vem sendo tomadas aos poucos na mudança de pensamento dos representantes da sociedade é o

Protocolo de Cooperação para uma Política de Estado de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz, assinado em 13 de março de 2016. O protocolo abrange a elaboração de ações adjuntas entre os Poderes Executivo Legislativo e Judiciário para a utilização da Justiça Restaurativa no combate à violência e à criminalidade. O documento foi subscrito pelo Procurador-Geral de Justiça à época, Marcelo Dornelles, que enfatizou em seu pronunciamento a necessidade do trabalho sincrônico dos poderes com a finalidade de se obter resultados concretos para a comunidade. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2016, s/p).

Embora a assinatura do protocolo tenha sido um grande passo, é necessário que sejam tomadas outras medidas a fim de tornar realidade a solidificação da Justiça Restaurativa como política pública, bem como, realizadas mudanças legislativas no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais a fim de incluir a Justiça Restaurativa no tratamento penal. Nesse sentido, podem ser citados como avanços os debates que foram realizados nas comissões que discutem o projeto de reforma do Código de Processo Penal, onde se propôs a inclusão da Justiça Restaurativa inclusive como um direito da vítima e incluindo a homologação de acordo restaurativa como uma forma de extinção do processo sem resolução do mérito.

5. Considerações Finais

O preconceito e as dificuldades que se tem hoje na execução penal é reflexo do processo histórico das penas que foi permeado de arbitrariedades e sanções infamantes que eram consideradas verdadeiros espetáculos públicos. A atual Lei de Execuções Penais, apesar de ser uma excelente legislação, tem se resumido a uma carta de intenções, pois diversos de seus preceitos são descumpridos. Juntamente com os problemas de infraestrutura dos estabelecimentos prisionais, tem-se, ainda, o preconceito social que obsta a ressocialização dos indivíduos.

Em contrapartida a essa realidade, a Justiça Restaurativa tem se apresentado como um eficaz meio de resolução de conflitos, capaz de tratar a causa dos problemas e não só o fato emergencial. Importante destacar, que existem diversas metodologias restaurativas, que podem ser usadas para diversos fins, merecendo comento os círculos de construção de paz, que fazem o indivíduo perceber sua interconectividade com os demais. A metodologia dos círculos de construção de paz embasam o projeto das Escolas de Perdão e Reconciliação da Pastoral Carcerária, que foram pioneiros no desenvolvimento de procedimentos restaurativos com apenados.

Como exemplo local de práticas com apenados, pode ser citado o projeto desenvolvido pelo MEDIAJUR junto aos apenados que cumprem pena no regime semiaberto do Presídio de Sarandi/RS. Os resultados obtidos com os apenados têm sido muito positivos, de forma que os apenados Vêm desenvolvendo maior senso de responsabilidade e melhorado significativamente seu comportamento. Essa melhora comportamental vem sendo percebida, inclusive pelos agentes penitenciários que trabalham naquela casa prisional.

Dessa forma pode-se concluir que os procedimentos restaurativos auxiliam muito no processo de reinserção dos apenados, auxiliando-os a resolver questões internas, como raiva, vontade de vingança e a própria vitimização. Ao participar dos procedimentos os apenados percebem a sua importância como seres humanos e conseguem ser mais empáticos com os demais, de forma a perceber a gravidade do dano e assumir a sua responsabilidade. Cabe ressaltar que a participação da sociedade nesses procedimentos é de suma importância, para que consiga perceber o apenado como um igual e mudar alguns paradigmas preestabelecidos.

Ocorre que, a implantação da Justiça Restaurativa no ambiente prisional encontra alguns óbices, o primeiro deles é o preconceito que a sociedade nutre com relação aos apenados. É necessário incluir a sociedade no processo de ressocialização dos

apenados para que ela passe a enxergá-lo como igual e o aceite após o cumprimento da pena. Importante destacar, que a própria Justiça Restaurativa é capaz de fazer isso, mas é necessário que a comunidade voluntariamente queira participar dos círculos, assim se faz necessária a divulgação das práticas de forma a torná-las conhecidas dos integrantes da sociedade.

Outro óbice encontrado é a falta de apoio estatal e dos órgãos responsáveis pela execução penal às práticas que vem sendo desenvolvidas. Para que seja possível a realização plena de procedimentos restaurativos no ambiente prisional é necessária uma alteração legislativa da LEP e do Código de Processo Penal (CPP) a fim de incluir a Justiça Restaurativa como parte do tratamento penal, sendo facultado ao preso participar dos procedimentos. De suma importância, citarem-se os avanços que vem sendo obtidos nesse sentido, como a assinatura do Protocolo de Cooperação para uma Política de Estado de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz, no Estado do Rio Grande do Sul e as discussões que vem sendo realizadas pelas comissões responsáveis pela elaboração do novo CPP sobre inclusão da Justiça Restaurativa no código.

Diante dos avanços que vem sendo obtidos é necessário que sejam tomadas cada vez mais ações a fim de mudar a triste realidade do atual sistema prisional. É necessário mudar as lentes com as quais se olha para o preso e passar a vê-lo com a sua humanidade que o torna igual a todos na sociedade. Diante disso, pode-se afirmar que os avanços obtidos são o primeiro degrau de uma longa escada a ser subida.

Referências

- ACHUTTI, D.S. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. v.2. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.
- ALMEIDA, F. L. de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdades*, n. 17, Set-Dez 2014. Disponível em <http://www.revista-liberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo02.pdf> Acesso em 22 out 2017.

- BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal/* Alessandro Baratta; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.
- BERNARDI, F. *Justiça Restaurativa no sistema prisional: Limites e possibilidades da JR na resolução de conflitos familiares.* Passo Fundo, 2014. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1403638255_Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20no%20Sistema%20Prisional%20-%20Limites%20e%20Possibilidades%20da%20JR%20na%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Conflitos%20Familiare.pdf>. Acesso em 10 mar. 2018.
- BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOYES-WATSON, C; PRANIS, K. *No coração da esperança: Guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis /* Carolyn Boyes-Watson, KayPranis; tradução: Fátima De Bastiani. - [Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas], c2011.
- CARVALHO, A.B. de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225 de 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acessado em 20 dez. 2017.
- FELBERG, R.. *A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas.* São Paulo: Atlas, 2015.
- GRAZIOLA, G. Uma justiça que restaura e que constrói o futuro. [artigo]. Disponível em <<http://carceraria.org.br/uma-justica-que-restaura-e-que-constroi-o-futuro.html>>. Acesso em 26 dez. 2017.
- GUIMARÃES, T. L. de A. *Estabelecimentos Penais e o Tratamento Penal: Tratamento Penal.* In: Zimmerman, D; Coltro, A. C. M. *Aspectos Psicológicos na prática jurídica.* 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.

- KOSMINSKY, E. V.; PINTO, R. B.; MIYASHIRO, S. R. G. Filhos de presidiários na escola: um estudo de caso em Marília – SP. *Revista de Iniciação Científica da FFC*, v. 5, n. 1/2/3, p. 50-65, 2005. Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/viewFile/138/129>> Acesso em 22 out 2017.
- LOPES JR, A. *Direito processual penal*. 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARCÃO, R. *Execução Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- MENEGHETTI, P. C; FAVERIN, A. P. S. *Justiça Restaurativa e economia solidária: uma soma de esforços para o problema das prisões brasileiras*. [artigo científico]. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14691/3113>>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. *Protocolo para política de estado de justiça restaurativa é assinado no Piratini*. [artigo]. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/civel/42787/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- NUNES, A. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OMOTE, S. *Estigma no tempo da inclusão*. Revista Brasileira de Educação Especial. Marília. V. 10, n. 3, p. 287-308 Set.-Dez. 2004. Disponível em: <http://www.abpee.net/homepageabpee04_06/artigos_em_pdf/revista1onumero3pdf/3omote.pdf>. Acesso em 22 out. 2017.
- PALLAMOLLA, R. da P. *A Justiça Restaurativa da teoria à prática: Relações com o sistema de Justiça Criminal e implementação no Brasil*. 2008. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em <<https://www.tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4790>>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- PORTO, R. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PRANIS, K. *Processos Circulares / KayPranis*; tradução de Tônia Van Acker.- São Paulo : Palas Athena, 2010
- ROIG, R.D.E..*Execução Penal: Teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROLIM, M. *A formação de jovens violentos: Para uma etiologia da disposicionalidade violenta*. 2014. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____ *síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Oxford, Zahar/Oxford University, 2006.

ROSEMBERG, M. B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO. *Relatório de atividades MEDIAJUR*. Passo Fundo, 2017.

VASCONCELOS, C. E. de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, H. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. - Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

O interesse público nos recursos excepcionais e a proposta de emenda à Constituição n. 209/2012: a (in)adequação da repercussão geral no recurso especial

Maria Carolina Rosa de Souza¹

1 Introdução

O direito processual civil contempla questões geradoras de intensa discussão acadêmica, doutrinária e jurisprudencial, desafiando os estudiosos na busca por um processo justo e efetivo. O sistema recursal, por sua vez, não fica alheio aos debates travados, tampouco é isento das críticas apresentadas em relação à sua estrutura, ao número de recursos disponíveis no ordenamento jurídico e à finalidade a ser desempenhada pelas espécies recursais e pelos órgãos jurisdicionais.

O recurso extraordinário e o recurso especial, meios de impugnação que objetivam a uniformização do direito constitucional e do direito federal infraconstitucional, são considerados excepcionais no sistema, diferenciando-se dos recursos ordinários especialmente em razão da função a ser exercida dentro do ordenamento e no que tange aos requisitos impostos para a sua admissão à julgamento.

¹ mariacsouza@upf.br

Em que pese a existência de pressupostos de admissibilidade comuns aos recursos excepcionais, ao recurso extraordinário, especificamente, foi imposto o requisito da repercussão geral da matéria constitucional recorrida, visando à comprovação pelo recorrente de que a questão recursal vereada é de interesse público. Inexistindo pressuposto de admissibilidade ao recurso especial no mesmo sentido, foi apresentada a proposta de emenda à Constituição n. 209/2012 que busca a inserção do requisito de admissibilidade da repercussão geral da matéria recorrida no recurso especial.

Diante deste cenário, o presente artigo pretende examinar a (in)adequação da proposta de emenda constitucional levando em consideração a finalidade dos recursos excepcionais e das Cortes Superiores no ordenamento jurídico, bem como o interesse público intrínseco aos recursos excepcionais e à instância superiora.

Estruturado em três tópicos, inicialmente é apresentado um breve histórico dos Tribunais Superiores e dos recursos excepcionais, salientando as suas funções no sistema. Após, destaca-se a relação existente entre as matérias objeto dos recursos excepcionais e o interesse público no seu julgamento, privilegiando o interesse da coletividade em detrimento do anseio privativo dos litigantes. Por fim, estuda-se o requisito de admissibilidade da repercussão geral no recurso extraordinário e compreende-se os termos da proposta de emenda à Constituição n. 209/2012, objetivando à inclusão do requisito da repercussão geral da matéria recorrida no recurso especial.

2 Breve histórico e finalidade dos Tribunais Superiores e dos recursos excepcionais

Historicamente, proclamada a república, a estrutura do Poder Judiciário consubstanciava-se em órgão de cúpula de competência nacional – Supremo Tribunal Federal, e de órgãos jurisdicionais em instância inferior, de competência regional e local (Medina, 2005). A

Corte Suprema detinha a competência para o julgamento das questões de ordem constitucional e de ordem federal, abrangendo a dúplice função de interpretar a Constituição Federal e uniformizar a aplicação do direito federal (Assis, 2012). Em meados de 1960, diante do expressivo número de recursos extraordinários que ascendiam à instância superiora envolvendo matéria constitucional e federal, deflagrou-se a chamada ‘crise do Supremo’, evidenciando a demora nos julgamentos em razão do acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal (Mancuso, 2010).

Com a Constituição Federal de 1988, a organização do Poder Judiciário sofreu significativa alteração, posto que instituído o Superior Tribunal de Justiça, situado no mesmo patamar hierárquico ocupado pelo Supremo Tribunal Federal com o objetivo de julgar as demandas envolvendo a norma federal infraconstitucional, por meio da interposição do denominado ‘recurso especial’. Nos termos do entendimento explanado por Chohfi, a fim de “aliviar os inúmeros casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça e atribuiu para este o dever de preservar a aplicação das normas federais, retirando dos Recursos Extraordinários tal ônus” (2009, p. 21). De fato, “a criação do STJ liberou o STF para o exercício de guarda da Constituição Federal, restando ao STJ a tutela da legislação federal infraconstitucional, nos casos previstos na lei maior” (Souza, 2008, p. 23). A existência de dois Tribunais Superiores fez com que a matéria relativa ao recurso extraordinário fosse cindida, cabendo a ele indagar questões relativas à Constituição Federal, sendo as questões de ordem federal arguidas por meio do recurso especial (Moreira, 2011). As ocorrências históricas no período são retratadas por Fux, nos seguintes termos:

anteriormente à Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário abarcava, como causas de pedir, violações à ordem constitucional e à ordem infraconstitucional. Após o advento da novel Carta, repartiram-se entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça as funções de guarda da Constituição

e das Lei Federais, cabendo, ao primeiro, a tutela do Ordenamento máximo e, ao segundo, a defesa da legislação infraconstitucional e a Carta de 1988 instituiu o recurso especial, encartando em seus casos de cabimento aqueles que eram subsumidos ao recurso extraordinário, e que se destinavam a coibir *errores in procedendo* e *errores in judicando*, cometidos com infração à Constituição e às Leis (2005, p. 1191).

Na medida em que o Superior Tribunal de Justiça é originário do desmembramento da Suprema Corte e que o recurso especial foi criado a partir do recurso extraordinário, tanto os órgãos jurisdicionais quanto as espécies recursais possuem características comuns e finalidades semelhantes.

Os Tribunais Superiores estão situados na mesma instância recursal extraordinária e possuem competência jurisdicional em todo o território nacional. Compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal e a preservação e interpretação das normas constitucionais, sendo que “nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais” (Didier Jr.; Cunha, 2013, p. 349).

O Superior Tribunal, por sua vez, possui “a incumbência de zelar pela correta aplicação das normas jurídicas federais, unificando a sua interpretação e aplicação no cenário nacional. [...] compete ao Superior Tribunal de Justiça o papel de guardião da inteireza do direito infraconstitucional” (Kosikoski, 2008, p. 351). Para Chohfi, o Tribunal Superior “passou a apreciar as alegadas violações de Tratados e Leis Federais, bem como dos dissídios jurisprudenciais com a função de unificar a interpretação da lei federal no território nacional” (2009, p. 21).

Nos limites das matérias constitucional e federal, os Tribunais Superiores objetivam a uniformização da interpretação das normas, indicando a sua compreensão e forma de aplicação na busca pela unidade do Direito. Nos termos do ensinamento de

Azem, o objetivo das Cortes Superiores “vincula-se à defesa e à preservação da unidade do ordenamento jurídico, de modo a garantir a observância do direito objetivo e a uniformidade da jurisprudência. [...] Sua atividade essencial, assim, transcende o mero interesse das partes” (2009, p. 24).

Ademais, cumpre ressaltar que a existência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas é de extrema importância para a ordem jurídica, uma vez que controlam a atividade desempenhada pelos Tribunais locais, solidificando a jurisprudência como fonte material do Direito. O objetivo principal dos órgãos jurisdicionais é o de dar tratamento isonômico aos casos semelhantes, já que não se pode conceber que as causas idênticas obtenham resultados distintos, dependendo do Tribunal local competente para julgá-las. Assim, visando a oferecer à comunidade geral um tratamento isonômico e constitucionalmente devido, os Tribunais Superiores se legitimam, sendo os recursos extraordinário e especial os instrumentos para tal desiderato. A lição é extraída da doutrina de Porto e Ustároz, que concluem:

no mais das vezes, os Tribunais Regionais têm os olhos voltados para sua própria região, o que é absolutamente compreensível. Por isso, surge a previsão de uma Corte supra-regional apta a tomar conhecimento de todos os pontos de vista exarados pelas diversas regiões do país a cancelar aqueles posicionamentos que, por conveniência, devem ser adotados harmonicamente em todo o território nacional. Daí a ideia de se prever recursos com o fim imediato de desenvolver o próprio Direito, tolhendo do cenário decisões que com ele conflitam. Essa a função dos Tribunais Superiores, realizada a partir da análise dos recursos que até lá chegam (2011, p. 214-215).

Os recursos excepcionais são os instrumentos que viabilizam o encaminhamento da matéria constitucional e federal para julgamento pelos Tribunais Superiores, com eles confundindo a sua finalidade.

Extrai-se da lição de Wambier e Dantas que o escopo dos recursos encaminhados aos Tribunais Superiores pode ser dividido em duas funções: a clássica - subdividida em nomofilática e uniformizadora; e a contemporânea - subdividida em dikelógica e paradigmática (2016).

Pela função clássica nomofilática, “a aplicação correta da lei na solução de uma lide assumiria dois vetores: o primeiro vinculado ao interesse público e o segundo associados ao interesse das partes processuais” (2016, p. 309). Por sua vez, pela função clássica uniformizadora “busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência” (2016, p. 311). No que tange à função contemporânea, destaca-se a função dikelógica, por meio da qual os recursos extraordinário e especial assumiriam “um papel secundário, de modo que as partes litigantes apenas eventualmente poderiam ser beneficiadas reflexamente pelo acolhimento do seu recurso, pois a função primordial seria a preservação do direito objetivo” (2016, p. 316).

Sendo assim, enquanto o recurso extraordinário objetiva “resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento” (Didier Jr.; Cunha, 2013, p. 349); o recurso especial, “além de preservar a integridade do direito federal, tarefa inerente ao federalismo, [...] atua como mecanismo apto a garantir a uniformidade da interpretação emprestada, nos tribunais locais e regionais, àquele direito” (Assis, 2012, p. 819-820). Para Medina, “tais recursos têm finalidade diferenciada, porquanto visam a velar precipuamente pela correta aplicação da lei federal e da Constituição Federal. Os demais recursos, por outro lado, visam à proteção do direito subjetivo, ao interesse privado do litigante vencido” (2005, p. 98).

De fato, os excepcionais limitam-se a tratar de questões de direito (e não de fato), dirigem-se aos Tribunais de cúpula do

Poder Judiciário (e não aos Tribunais locais ou regionais), requerem rígida formalidade procedimental e a mera sucumbência, bastante para o interesse na interposição de outros recursos, não credencia a sua interposição, já que aliado à derrota recursal deve estar presente a ofensa ao direito objetivo de interesse público, à ordem pública (Mancuso, 2010). A compreensão que se deve ter acerca do sentido e da função dos recursos excepcionais está embasada, segundo Baptista da Silva, no “princípio de que a lei, qualquer que seja o seu sentido, deve incidir e ser aplicada de modo uniforme para todos aqueles que fiquem sujeitos à sua disciplina” (2005, p. 428). Conseqüentemente, a lei deve “empenhar-se no sentido de reduzir, tanto quanto possível, as divergências e antagonismos porventura verificados entre as decisões proferidas pelos tribunais, no que diga respeito à aplicação de uma mesma lei” (Baptista da Silva, 2005, p. 428-429).

A unidade do ordenamento jurídico e a supremacia do interesse público são elementos relevantes que dizem respeito às questões que envolvem os Tribunais Superiores. A preservação da unidade do Direito dá-se na medida em que os recursos excepcionais agem em âmbito nacional, efetivando e uniformizando a interpretação do direito objetivo, no intuito de que a Constituição Federal e o direito federal sejam aplicados de modo uniforme e que as regras constitucionais federais sejam uniformemente interpretadas (Wambier, 2003).

Depreende-se da lição de Marinoni e Arenhart que os recursos excepcionais objetivam “assegurar que a lei federal e a Constituição Federal – por serem normas que devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas -, sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país” (2008, p. 569). Sendo assim, resta claro que o princípio da unidade do ordenamento jurídico é fundamento para a finalidade desempenhada pelos Tribunais Superiores e que os recursos extraordinário e especial são

instrumentos para a preservação da uniformidade do Direito (Baptista da Silva, 2005).

Dessa forma, revela-se a finalidade comum dos recursos excepcionais de uniformizar o direito objetivo, com o intuito de proteger a ordem jurídica. O recurso extraordinário é o instrumento por meio do qual o Supremo Tribunal Federal examina as questões constitucionais, cabendo ao recurso especial levar ao Superior Tribunal de Justiça matéria envolvendo a legislação infraconstitucional. Os Tribunais, que não se configuram como órgãos de terceira instância, visam à unidade do ordenamento jurídico, limitando-se a julgar as questões de direito objetivo, ou seja, aquelas que transpõem o direito das partes, afetando o sistema jurídico como um todo.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por meio dos recursos extraordinário e especial, objetivam o exame do direito objetivo posto em causa, visando à uniformização do direito constitucional e federal - a preservação da unidade da ordem jurídica. Assim, prestigiam a análise das questões de interesse público, que ultrapassem o interesse privado dos litigantes, que é tutelado de forma indireta na instância excepcional.

3 O interesse público nos recursos extraordinário e especial

Na medida em que os recursos excepcionais visam à proteção do direito objetivo, uniformizando a interpretação e a aplicação do direito no território nacional, evidencia-se a sua precípua função de tutelar o interesse público. Importa aos excepcionais a solução de questões atinentes à ordem jurídica do direito federal, transcendendo o interesse privado das partes litigantes. O recurso extraordinário e o recurso especial objetivam reexaminar a matéria de direito, priorizando o interesse público ao interesse privado das partes, que é tutelado reflexamente. Significa dizer: os recursos excepcionais “somente serão admitidos frente à

circunstâncias que vão para além da alegação de justiça ou injustiça da decisão” (Porto; Ustároz, 2011, p. 213).

Assim como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem ser considerados apenas mais uma instância para a impugnação da decisão - mas sim, os Tribunais Superiores de exame do direito federal, objetivando a guarda da Constituição Federal e da norma infraconstitucional -, os recursos extraordinário e especial servem para tutelar a ordem jurídica, para proteger o direito da federação (Mancuso, 2010). Contudo, com “a enxurrada de Recursos propostos e a utilização das Cortes Superiores para protelamento dos feitos para a transformação destas em Tribunais de 3^a (terceira) e 4^a (quarta) instâncias, a tão aclamada segurança jurídica restou prejudicada” (Chohfi, 2009, p. 84). Então,

ao aplicar o direito à espécie [...], a Corte também provê sobre o direito subjetivo individual da parte. Isso, todavia, aparece como um direito ‘indireto’ ou ‘reflexo’ do provimento sobre o recurso, já que, como antes dito, a finalidade precípua dos recursos excepcionais é a de proporcionar aos Tribunais da Federação o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa e, enfim, pela inteireza positiva de direito constitucional, na expressiva locução de Pontes de Miranda, o mesmo se aplicando ao direito federal comum, no âmbito do STJ (Mancuso, 2010, p. 136).

Os excepcionais cingem-se à análise do direito objetivo: não reexaminam a matéria de fato da causa, mas tão somente debruçam-se sobre a correta aplicação da lei federal, infraconstitucional e constitucional. Para Fux, pode-se concluir que os recursos excepcionais “tutelam, imediatamente, o direito objetivo, a ordem jurídica e, mediadamente, o direito subjetivo da parte vencida. [...] têm como pressuposto básico não só a sucumbência, senão a violação, pela decisão gravosa, da ordem jurídica constitucional ou infraconstitucional” (2005, p. 1190), isto é, a eles cabe “o exame não dos fatos controvertidos, nem tampouco das provas existentes no processo, nem mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão-somente

a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado” (Theodoro Jr., 2008, p. 722).

Dessa forma, a essência dos recursos excepcionais reside na preferência da harmonização do direito na federação (supremacia do interesse público) ao direito privado dos litigantes, servindo “como meio de valorização da norma jurisprudencial e do ideal federativo, permitindo que os operadores conheçam e analisem seus julgados e possam aplicá-los nos seus Estados, com a certeza de que a última palavra será dada pela Corte Superior” (Porto; Ustárrroz, 2011, p. 213-214). Então, os recursos excepcionais “não visam diretamente à tutela do direito da parte. Objetivam precipuamente a unidade do direito brasileiro – mediante a compreensão da Constituição [...] e do direito infraconstitucional federal” (Marinoni; Arenhart, 2008, p. 555). O entendimento de Baptista da Silva é conclusivo a esse respeito ao lecionar que o objetivo dos recursos excepcionais, antes de obter a reforma da decisão impugnada em benefício do recorrente, é o de permitir que o ordenamento jurídico utilize-se da iniciativa do recorrente e, por meio dela, preserve os princípios vetores da unidade e inteireza do sistema jurídico em vigor (2005, p. 429).

Destaca-se, assim, o objetivo de uniformização da ordem jurídica e a supremacia do interesse público sobre o direito privado das partes quando se trata do aviamento e julgamento dos recursos excepcionais.

Contudo, em que pese a demonstração do interesse público da matéria recorrida ser requisito de admissibilidade específico do recurso extraordinário, por meio da repercussão geral da matéria constitucional, não se pode negar que tal requisito também deveria ser preenchido quando se trata da interposição do recurso especial, em razão da função desempenhada pela espécie recursal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ora, claro está que o interesse privado das partes não poderia ser tutelado pelo Tribunal Superior, senão quando a questão debatida for capaz de alcançar o anseio de toda a coletividade, de atingir ao interesse público.

Assim, demonstrado o interesse público na matéria recorrida, ao Superior Tribunal de Justiça cabe cumprir, de fato, o seu papel jurisdicional de tratar do direito objetivo da federação, debruçando-se sobre os assuntos que dizem respeito a todos os cidadãos, indicando a interpretação e aplicação da norma infraconstitucional no intuito de uniformizar o Direito. É nesse sentido a proposta de emenda constitucional n. 209/2012, a seguir abordada.

4 O requisito de admissibilidade da repercussão geral no recurso extraordinário

Para que o mérito dos recursos excepcionais seja examinado pelos Tribunais Superiores, é necessário que eles primeiramente sejam admitidos para julgamento, ou seja, é imprescindível que o recurso extraordinário e o recurso especial preencham os requisitos de admissibilidade impostos pela lei. Ambas as espécies recursais possuem os mesmos pressupostos para admissão, com exceção do requisito da repercussão geral da matéria constitucional, imposto especialmente à admissão do recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, §3º, da Constituição Federal.

Considerando o foco proposto para este artigo, importante compreender que o pressuposto da repercussão geral da questão constitucional imposto à admissão do recurso extraordinário exige que a matéria versada no recurso extraordinário tenha relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapasse os interesses subjetivos do processo, conforme determina o artigo 1035, ‘caput’ e §1º do Código de Processo Civil. Dessa forma, “à interposição do recurso extraordinário, a repercussão geral tornou indispensável que o processo contenha, a um só tempo, *relevância e transcendência*” (Amorim, 2010, p. 48), ou seja, “dois requisitos devem, em regra, vir conjugados: relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico; e *transcendência* (questões que ultrapassem os interesses subjetivos da causa)” (Azem, 2009, 134).

Com efeito, restará configurada a repercussão geral da matéria constitucional apresentada no recurso extraordinário quando “envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que, objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem ‘relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico’” (Theodoro Jr., 2008, p. 725). Desse modo, o recurso extraordinário somente será admitido para julgamento “se a questão constitucional nele discutida tiver *transcendência* do ponto de vista subjetivo, interessando sua solução não só às partes do processo em que a matéria tenha sido suscitada, mas sendo capaz de alcançar a sociedade como um todo” (Câmara, 2016, p. 541). A interpretação dos parâmetros impostos pela norma é destacada por Assis:

configurar-se-á relevância econômica nas causas que envolverem o sistema financeiro; política, nos litígios em que figurar organismo estrangeiro; jurídica, nas causas versando institutos básicos, como a proteção ao direito adquirido; social, nas causas envolvendo direitos dessa natureza (por exemplo, a moradia) e nas ações coletivas (por exemplo, a legitimidade do Ministério Público). Além de relevante, a questão há de ser transcendente – alcançar-se além do interesse das partes (2012, p. 757).

Por sua vez, Marinoni e Mitidiero afirmam que a relevância deve ser examinada sob o ponto de vista econômico, jurídico, político ou social, bastando que seja relevante apenas um desses pontos para que a causa seja tida por relevante; sendo que a transcendência pode ser caracterizada sob duas óticas: a qualitativa, para a qual “interessa para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e o desenvolvimento do direito”, bem como a ótica quantitativa, que considera para a análise da transcendência o “número de pessoas suscetíveis de alcance, atual e futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa” (2008, p. 566). Então, pelo critério da repercussão geral, “o recorrente deverá demonstrar que as

questões constitucionais discutidas no caso não se limitam à sua órbita privada, mas, pelo contrário, são úteis à preservação da Constituição Federal em sua órbita coletiva” (Souza, 2008, p. 152-153).

O exame da existência de repercussão geral da matéria constitucional debatida no recurso extraordinário é de competência exclusiva do Supremo Tribunal, conforme o artigo 1035, §2º, do Código de Processo Civil, ou seja, “não se admitindo a negativa de seguimento do recurso extraordinário no Tribunal de origem [...]. Vale dizer que somente o Supremo Tribunal Federal tem o poder de analisar o que é ou não é questão de repercussão geral” (Marinoni; Arenhart, 2008, p. 576). Aliás, o Supremo Tribunal Federal somente poderá recusar a admissão do recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral com a manifestação de dois terços de seus membros, sendo necessário o voto negativo de oito ministros para que o recurso extraordinário seja inadmitido pela ausência de repercussão geral, nos termos do artigo 102, §3º, da Constituição Federal. De acordo com Porto e Ustárroz, trata-se de um “*quorum* de segurança, em face da relevância da medida. Daí a doutrina acertadamente considerar sempre presumida a repercussão geral, dado que somente poderá ser recusada pelo *quorum* mencionado” (2011, p. 250).

Uma vez negada a existência da repercussão geral da questão constitucional, a decisão valerá para todos os recursos que versam sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente. Sendo assim, “a decisão do Supremo Tribunal Federal, em relação à existência da questão de repercussão geral no recurso extraordinário, servirá como precedente para futuros casos idênticos” (Marinoni; Arenhart, 2008, p. 577). Dessa forma, uma vez “reconhecida a inexistência de repercussão geral pela maioria qualificada dos membros do Tribunal Maior, seus efeitos estender-se-ão a todos os demais recursos extraordinários fundados em idêntico questionamento e estes não serão conhecidos” (Amorim, 2010, p. 53). Por outro lado, acolhida a repercussão geral, a súmula

da decisão constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Assim, o requisito de admissibilidade da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário vai ao encontro do objetivo precípuo desta espécie recursal de uniformizar o entendimento do direito constitucional, efetivando o Supremo Tribunal Federal como verdadeira Corte Constitucional, cingindo-se ao julgamento de questões que transcendem o interesse dos litigantes e alcançam o interesse público em limite nacional.

5 A proposta de emenda à Constituição n. 209/2012: a repercussão geral no recurso especial

Compreendido o requisito da repercussão geral da matéria constitucional, imprescindível para a admissão do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, destacam-se os termos da proposta de emenda constitucional que visa a instituir idêntico pressuposto à admissão do recurso especial.

A referida proposta de emenda constitucional, em agosto de 2012, foi apresentada à Câmara dos Deputados pelos deputados Rose de Freitas e Luiz Pitiman e na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania recebeu o n. 209/2012. Em junho de 2014, a proposta foi admitida pela Comissão Especial que, por meio de seu relator, manifestou-se favorável à alteração constitucional apresentada. Em junho de 2017, a proposta foi remetida ao Senado Federal para apreciação.

Com efeito, a proposta de emenda à Constituição n. 209/2012 objetiva a inserção do §1º ao artigo 105 da Constituição Federal, renumerando o parágrafo único da mesma norma, para atribuir ao recurso especial o requisito de admissibilidade de repercussão geral da questão federal posta em causa. Nos termos da proposta, a redação do §1º terá o seguinte teor: “no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos

termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”.

A justificativa apresentada pelos legisladores relatores da proposta está fundamentada no livre acesso que os recursos especiais têm ao Superior Tribunal de Justiça, ocasionando um congestionamento nos julgamentos, à semelhança do que ocorria com o recurso extraordinário. Afirmam os deputados Rose de Freitas e Luiz Pitman que as alterações apresentadas “serão de grande relevância ao bom funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que permitirá uma atuação mais célere e eficiente às muitas e importantes questões de direito federal que lhe são apresentadas”².

A doutrina também já se manifestou a respeito da necessidade de incluir aos pressupostos de admissão do recurso especial, requisito semelhante ou idêntico à repercussão geral da matéria constitucional, visando à imposição de matéria de interesse público para a admissão e julgamento da impugnação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para Chohfi, impõe-se “a aplicação do requisito da *repercussão geral* não somente aos Recursos Extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, mas também a previsão da exigência do filtro qualitativo para chegada ao Superior Tribunal de Justiça via Recurso Especial” (2009, p. 25). Depreende-se do entendimento de Azem que “muito se questiona o motivo pelo qual uma questão constitucional pode não oferecer repercussão geral, enquanto que, inexistente sistema análogo de controle do acesso ao STJ, toda a questão federal está sujeita a questionamento pela via do recurso especial” (2009, p. 80).

A lição de Dellore é no sentido de ser necessário o requisito da repercussão geral, na medida em que “algo precisa ser feito

² BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 06 de agosto de 2018.

para tornar mais racional a atuação do STJ – Corte até mais importante para as questões corriqueiras da sociedade que o STF (que somente julga as questões constitucionais). E o NCPC não foi capaz de fazer isso” (2017, p. 1). Conforme Mancuso, “a doutrina lamenta que o elemento de contenção ‘transcendência da questão’ não tenha, no bojo da Reforma do Judiciário, sido estendida ao Superior Tribunal de Justiça, que é outro Tribunal da Federação e, notoriamente, está com sobrecarga de processos” (2010, p. 200).

Acerca do tema, opinam Porto e Ustároz que “logo será necessário alterar novamente a legislação para se preservar a magnífica função do Superior Tribunal de Justiça, livrando-o da apreciação de casos de imperceptível relevância, quiçá nos moldes da repercussão geral debatida experimentada pelo Supremo” (2011, p. 253). Ao tratar da finalidade do recurso especial, considerando a necessidade de uniformização da interpretação e aplicação da lei federal, Assis assevera que “facilmente se antevê a necessidade de restringir o cabimento do recurso especial através do expediente de transcendência e, assim, reduzir a duração média dos processos na Justiça Ordinária” (2012, p. 920). Sobre o assunto, manifesta-se Chohfi:

a criação de filtros permitirá que os Tribunais Superiores analisem matérias realmente relevantes e definam o posicionamento a ser adotado, uniformizando as decisões de forma definitiva e proporcionando maior equilíbrio e segurança aos cidadãos atingidos por seus decisórios. Assim, parece que a tentativa de privação do acesso aos Tribunais Superiores para apreciação de assuntos de menor importância, não só respeitam os princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como também reforçam o papel dos Tribunais e homenageiam, mais uma vez, a forma e a segurança que devem estar revestidas as atitudes por estes adotadas (2009, p. 85).

Assim, a proposta de emenda constitucional n. 209/2012 objetiva igualar os requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, impondo à admissão do recurso especial a

comprovação da repercussão geral da matéria federal infraconstitucional - tal como imposto ao recurso extraordinário, por meio da repercussão geral da matéria constitucional. O pressuposto obriga o recorrente a demonstrar a existência de interesse público da matéria recursal, sob pena de a impugnação não ser admitida para julgamento, por contemplar tão somente o interesse privativo dos litigantes.

6 Considerações finais

A inclusão do requisito de repercussão geral da matéria federal à admissão do recurso especial mostra-se adequada ao contexto e à finalidade dos recursos excepcionais no sistema recursal.

Considerando que os Tribunais Superiores objetivam tutelar o interesse público, já que são órgãos jurisdicionais que tratam do direito objetivo, buscando a uniformização do direito federal infraconstitucional e constitucional ao indicar a aplicação e interpretação das normas, evidencia-se que as matérias levadas a seu julgamento devem abranger questões com relevância e transcendência. Isto é, devem ser relevantes do ponto de vista político, econômico, jurídico ou social e ultrapassar os interesses privados dos litigantes para alcançar a coletividade, os cidadãos em geral.

A estrutura do sistema recursal brasileiro também ratifica a necessidade de inclusão do requisito da repercussão geral na medida em que o debate sobre os aspectos fáticos da ação limita-se ao duplo grau de jurisdição, competindo à segunda instância o reexame do conjunto probatório produzido nos autos frente ao direito debatido. Para além disso, remanesce somente a discussão acerca do direito objetivo posto em causa, afastando-se dos aspectos fáticos entretidos na demanda.

Da forma em que utilizado o recurso especial hoje, percebe-se a distorção de sua função dentro do sistema recursal, já que tem sido largamente interposto para o encaminhamento à julgamento de questões que não apresentam interesse público. Inexistindo filtro

para a admissão do recurso, desvia-se, da mesma forma, a finalidade desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça, que decide matérias de interesse privativo das partes, em detrimento da unificação do direito federal infraconstitucional, com alcance coletivo.

Portanto, a uniformização dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial é medida que se impõe, especialmente no que tange à demonstração de interesse público na matéria objeto do recurso especial. Assim, evidencia-se a adequação da proposta de emenda à Constituição n. 209/2012 ao sistema recursal brasileiro, tendo em vista a importância de manutenção do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes de uniformização da norma constitucional e federal infraconstitucional.

Referências

AMORIM, Aderbal Torres de. *O novo recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHOHFI, Roberta Dib. *Os novos júzos de admissibilidade para acesso aos tribunais superiores*. São Paulo: Editora Fiuza, 2009.

DELLORE, Luiz. *Repercussão geral para o recurso especial?* Disponível em <http://www.genjuridico.com.br>. Acesso em: 06.ago.2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de processo civil*. 11.ed. vol.3. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3.ed. vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- KOSIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7.ed. vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16.ed. vol.5. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de; SOUZA, Letícia Barbosa Lima de. *Recursos extraordinário e especial: reflexos da Emenda Constitucional n. 45/2004*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48.ed. vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6.ed. vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Terceirização como instrumento de precarização das relações laborais

*Bruna Ortiz Camargo*¹

1. Introdução

Com o advento da lei 13.429, em 31 de maio de 2017, sancionada pelo presidente Michel Temer, foi instituído um novo marco no ramo do Direito do trabalho. A lei aprovada trouxe ao arcabouço jurídico a regulamentação, em especial, da terceirização, além de outras mudanças no que concerne o contrato de trabalho temporário, antes regulado pela Lei 6.019/74.

Trata, além do contrato de trabalho temporário, sobre a permissividade da terceirização da mão de obra na atividade econômica final, a qual se destina a produção, aquelas para qual todas as atividades meio convergem. Até então, essa situação era regulamentada por leis específicas, no âmbito federal, e pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que permitia a terceirização da mão de obra do que se entendia por atividade-meio, ou seja, as que serviam de meio para a obtenção do produto final, atividades paralelas e acessórias.

A autonomia da vontade para contratar, a promessa do aumento de vagas no mercado de trabalho e a procura por profissionais especializados serviram de argumento para os que

¹ brunaortiz11@hotmail.com

defendiam a aprovação da referida lei. Entretanto, a preocupação constante com o prumo das leis trabalhistas em um país ameaçado pela produtividade a qualquer custo, frente a uma onda de globalização faz com que a necessidade de fiscalização seja maior.

Diante disso, buscar-se-á elucidar as nuances dos direitos fundamentais que visam a proteção do trabalhador, e dos princípios que norteiam o direito do trabalho, contextualizando a terceirização, atinente à esfera privada, e o advento da lei 13.429/17, para, ao final, responder ao seguinte questionamento: a Terceirização, serve como instrumento de precarização das relações laborais?

Com base nos dados obtidos pelo DIEESE, buscar-se-á vislumbrar o índice de precarização nas relações onde a terceirização se faz presente. O presente artigo se dividirá em três partes, expondo os elementos fundamentais para o deslinde do problema, quais sejam: a proteção do trabalho e do trabalhador; a abordagem da terceirização por meio da doutrina e das súmulas 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho e; a aprovação da lei 13.429/17. Por fim tratar-se-á acerca da lei 13.429/17, e sobre as mudanças trazidas por ela, por. Aproximando-se do mérito do trabalho, observar-se-á os índices de precarização obtidos nas relações onde havia a adoção da terceirização como forma de contratação, analisando a perniciosidade da terceirização no universo das relações laborais.

2. Proteção do trabalho e do trabalhador

A valorização do trabalho é altamente estimada, mas não há de se dizer que sua proteção ocorreu de maneira célere, isso se deu de forma lenta e gradual. Seguem sendo anos de luta buscando observar limites mínimos para que o progresso econômico não ocorra a qualquer custo e principalmente, tentando não ferir garantias do trabalhador e a dignidade da pessoa humana. Essas integram um mesmo núcleo, e ainda indicam forte conexão com

outros direitos fundamentais. De acordo com Marcelo Papaléo de Souza (2015, p. 69):

o trabalho representa um prolongamento da própria personalidade do indivíduo, projetando-se no grupo social, devendo ser assegurado à sobrevivência, à liberdade, à autoafirmação e à dignidade. Os Direitos Sociais, previstos na Constituição Federal, visam à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à assistência dos trabalhadores, à proteção à maternidade, à infância e à moradia.

Além disso, Nagib Slaibi Filho (2009, p. 129) descreve assim sendo “como fator social de produção, o trabalho passa a fundamentar a ordem econômica, da mesma forma que a livre iniciativa, como elemento impulsionador da organização da produção”.

No âmbito internacional o Direito do Trabalho se encontra protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais precisamente nos artigos XXIII e XXIV. O primeiro trata acerca da livre escolha do emprego, suas condições justas e favoráveis e acerca da organização sindical, enquanto que o segundo versava sobre a limitação do horário de trabalho e o direito às férias. Os pactos internacionais de direitos humanos de 1966, precisamente o Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Sociais, ratificado pelo Brasil em 1992, traz também, no seu artigo 7º e suas alíneas, a proteção ao trabalho no âmbito internacional:

Artigo 7º. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores;

l) Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não

inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;

II) Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) Condições de trabalho seguras e higiênicas;

c) Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho a categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;

d) Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.

De inestimável importância também a Organização Internacional do Trabalho, que atua em nível internacional, visto que realiza o controle normativo dos atos internos e versa sobre a aplicabilidade de convenções pelos Estados estes que aderiram.

Ao final do século XIX surgiram os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão. Destarte dizer que, além da necessidade de assistência estatal, foram impulsionados pela proteção ao trabalho, com forte embasamento na ideologia marxista, firmada por Karl Marx e Friedrich Engels. O Estado Social, conforme intitulado a época, devia assegurar ao indivíduo direito a prestações sociais, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho além de outras.

O Estado liberal que se constituiu no século XVII falhou no sentido de criar uma situação de intensa desigualdade, a intervenção mínima tornava o Estado indiferente aos problemas sociais gerados na época, para sanar essa desigualdade era preciso que se criasse uma dimensão de direitos fundamentais, além dos de 1ª dimensão, que visasse proteger as minorias exploradas e reestabelecer alguns valores essenciais para a vida digna do cidadão. Dessa vez, as prestações do Estado tinham cunho positivo,

o Estado se livrou da postura *laissezfaire et laissezpasser*¹e começou a intervir para garantir o mínimo existencial ao cidadão, garantir a igualdade e o bem-estar social, de acordo com Gilmar Mendes (2007, p. 223):

o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.

Dentro da Constituição Federal de 1988, o rol que serve de coluna vertebral dos Direitos Fundamentais concernentes aos trabalhadores encontra-se no art. 7º, destacam-se, dentre outros direitos: a proteção contra despedida arbitrária (I); fixação de salário-mínimo unificado que atenda às necessidades básicas (IV); seguro desemprego, fundo de garantia e piso salarial (II, III, V); irredutibilidade de salário e proteção desse (VI, X); décimo terceiro salário e participação nos lucros (VIII, XI); limite das horas diárias de trabalho, repouso semanal e gozo de férias (XIII, XV, XVII); licença gestante e paternidade (XVIII, XIX); proteção da mulher (XX); adicional por atividades penosas e aposentadoria(XXIII, XXIV); proteção em face da automação, na forma da lei (XXVII); proibição de diferença de salário e discriminação(XXX, XXXI; seguro contra acidentes de trabalho (XXVIII); proibição do trabalho do menor de idade, salvo na condição de aprendiz (XXXIII); dentre outros.

O direito fundamental ao trabalho demonstra ainda, sua clarividente importância em diversos textos normativos, podendo ser encontrado na Constituição, além do artigo 7º, que versa sobre os direitos e garantias dos trabalhadores, no *caput* do artigo 6º, mostrando vínculo também com o artigo 8º acerca da liberdade

sindical, bem como no caput do Art. 1º, II, da Constituição Federal, responsabilizando o Estado pela justiça social, como pode-se observar:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

O Estado social tinha por base o ideário de Karl Marx e de Friedrich Engels que idealizavam um Estado contrário ao que existia na época, ensejando a luta dos oprimidos e explorados pela indústria capitalista. Para que a sociedade atingisse um certo grau de igualdade, se fez necessário que o Estado voltasse a intervir, uma vez que é quem deve assegurar as garantias das minorias. Para Karl Marx (2014), um ideal um tanto quanto utópico era a possibilidade de que se criasse uma sociedade com tanta harmonia e justiça social, que o Estado não precisaria mais existir, pois perderia sua função.

A intensificação das ideias de Karl Marx serviu como catapulta para que a classe operária viesse a compreender que eles detinham a força de trabalho, que ao mínimo sinal de sua parada, a produção parava, afinal, conforme ele, por meio da obra *Manifesto do Partido Comunista*, “a história de todas as sociedades existentes até hoje, é a história de lutas de classes”. (2014, p. 107). Suas ideias serviram de base para a criação da Constituição Mexicana e de Weimar, que trouxeram primeiramente os direitos sociais.

É pertinente lembrar que o direito do trabalho é ainda, amparado por alguns princípios que visam proteger o desenvolvimento saudável das atividades laborais, primando pela dignidade da pessoa humana. Observa-se para tanto o princípio do mínimo existencial e reserva do possível e da vedação do retrocesso social. Ademais, há de se falar dos princípios específicos

das relações de trabalho, como o princípio da valorização do trabalho; princípio da proteção; princípio da igualdade e; princípio da justiça contratual.

Lograda a explanação acerca dos direitos fundamentais pertinentes aos trabalhadores, passa-se então, para a abordagem da prática denominada ‘terceirização’.

3. Abordagem da terceirização por meio da doutrina e das súmulas 256 e 331 do TST

Como observado até o momento, a valorização do trabalho humano é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo o trabalhador amparado pela Constituição Federal. Cumpre agora tratar acerca da terceirização, desde o modelo de produção que deu ensejo ao seu surgimento nas relações laborais, desencadeando na sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da lei 13.429, para, posteriormente, auferir se ela causa prejuízos ao trabalhador e ao desenvolvimento da sua relação laboral.

3.1 Modelos de produção

Ao final do século XIX, Frederick Winslow Taylor (1856-1915) desenvolveu um sistema que visava otimizar o tempo de trabalho. Baseava-se em uma análise puramente racional, conforme abordada em seu livro publicado em 1911, chamado *Princípios de Administração Científica*. Conforme ele, deveria-se cronometrar cada fase da produção para determinar o tempo real de trabalho, eliminando assim as horas inúteis, e fragmentando as atividades de planejamento das de execução. Esse era um sistema horizontal onde o operário era altamente treinado para desenvolver apenas uma função, havendo assim uma divisão técnica. A esse sistema deu-se o nome de Taylorismo, em homenagem a Taylor.

Entretanto essa preocupação com a padronização e intensificação do trabalho no sistema Taylorista, de certa forma,

ignorava a natureza humana do trabalhador. O ritmo exaustivo, sempre exercendo o mesmo procedimento, causava fadiga e era um pressuposto para limitar o trabalhador ao aprendizado de uma só função, sem esse ter conhecimento do que se tratava o restante da produção.

Aprimorando o modelo taylorista, teve surgimento o modelo fordista, criado por Henry Ford (1862-1947) tendo como campo de experimentação a planta fabril da Ford Motor Company. Aqui se idealizava padronizar os produtos para comercializar em uma escala estratosférica.

De acordo com esse modelo, a produção seria vertical, pela qual podia se controlar desde as fontes de matérias-primas até a produção de peças e distribuição dos veículos. Houve a redução do custo da produção o que ocasionou a baixa de valor dos produtos confeccionados. Mas mais uma vez o trabalhador via seu papel reduzido ao de um mero operador de máquinas, sem ter oportunidade de expressar criatividade nenhuma, sendo submetido a longas jornadas de trabalho onde muitas vezes a figura do sujeito do trabalho era confundida com a do objeto do trabalho.

Seguindo na mesma linha, sucedendo o fordismo e o taylorismo e como resposta à crise ocasionada por esses, em meio a instabilidade do mercado e a acirrada concorrência internacional, surge no Japão o Toyotismo. Criado por Taiichi Ohno, o sistema foi aplicado na fábrica da Toyota e visava consumo de praticamente todos os tipos de bens e serviços, entretanto, com pequena expansão da demanda, sem produzir excedentes. De acordo com Gonet (2002, p. 24-25), esse modelo pode ser chamado também *de just in time* ou método *kanban*¹.

Uma observação importante acerca do surgimento do Toyotismo é o fato de ter surgido no Japão, país que, de acordo com Jesse Souza (2017, p. 160) “sem qualquer tradição importante de luta de classes e de movimento organizado dos trabalhadores no sentido ocidental do termo[...]”. Ainda de acordo com autor, o

Toyotismo se fundava no “patriotismo de fábrica” fazendo com o que o trabalhador se sentisse subordinado aos objetivos da empresa. Em suas palavras:

a secular luta de classes dentro da fábrica, que exigia gastos crescentes com controle, vigilância e repressão do trabalho, aumentando os custos de produção e diminuindo a produtividade, deveria ser substituída pela completa mobilização dos trabalhadores em favor do engrandecimento e maior lucro possível da empresa. (SOUZA, 2017, p. 160).

Com essa estratégia, conforme Jesse Souza, o capitalismo flexível conseguia transformar a rebeldia da força de trabalho em obediência. Ele ainda menciona a adaptação ocidental do Toyotismo, que “[...] implicou em cortar gastos com controle de vigilância em favor de uma auto-organização ‘comunicativa’ dos trabalhadores por meio de redes de fluxo interconectados e descentralizados” (SOUZA, 2017, p. 161). De acordo com Ipojucan Vecchi (2017, p. 26):

no Toyotismo o trabalho é prestado em grupo, com trabalhadores polivalentes no exercício de funções diversas. Os grupos têm objetivos a cumprir, mas o meio fornecido para o alcance das metas é inferior ao que seria normalmente utilizado, o que impõe o extermínio dos ‘tempos mortos’ de trabalho, aqueles nos quais o trabalhador está ocioso durante o trabalho.

A implementação do modelo de gestão toyotista gerou um novo modo de vida, onde a atividade laboral passou a ser pautada pela flexibilização, objetivando encurtar o tempo de produção, bem como otimizar o uso da força de trabalho. Conforme Druck (2002, p.12):

é possível afirmar que a resposta à crise do fordismo não só não resolveu a crise como a aprofundou. Os processos de reestruturação produtiva e os novos padrões de gestão do trabalho e do Estado desenvolveram-se sustentados centralmente na flexibilização do trabalho.

Observa-se no modelo de produção toyotista, o surgimento, além do método *Kanban*, do *just in time* e de subcontratação, a incorporação da terceirização como medida para otimizar o tempo de trabalho. Grande parte da produção era subcontratada ou terceirizada, obtida de produtores e fornecedores que eram responsáveis por sua fabricação. A terceirização eliminou setores da fábrica e ajudou a diminuir os trabalhadores o que era proclamado por seus defensores como indispensável para reduzir custos numa época de crise. Por meio dessa dinâmica capitalista, utiliza-se da flexibilidade como instrumento de precarização do trabalho, obtendo pela terceirização, a perfeita sincronia que viabiliza a acumulação desenfreada. A terceirização consiste no ato de terceirizar, delegar, contratar outra pessoa para realizar determinada atividade.

O termo terceirização é originário do ramo da administração, tendo sido posta como uma forma de organização estrutural. A partir dessa técnica se descentralizava atividades de uma empresa para outra, alheia a própria empresa.

Num primeiro momento, o proposto pela terceirização era a delegação das chamadas atividades-meio. Obtém-se, por meio da expressão atividades-meio a ideia de atividades acessórias, periféricas, não inerentes ao objetivo, que não se relacionam com a atividade principal da empresa, que por sua vez são chamadas de atividade-fim. As atividades-fim são o objetivo de exploração, o ramo de atividade expresso no contrato social. Essa contratação se dá por meio de uma relação triangular por que nela estão ligados ao procedimento, o tomador de serviços que contrata uma empresa prestadora de serviços, e essa por sua vez serve para intermediar a contratação de um trabalhador, que por fim, deve prestar serviços à tomadora. Observa-se, de acordo com Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 457):

a relação jurídica é triangular, existindo entre a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho.

Uma das finalidades apontadas por quem defende a terceirização é de que, delegando atividades secundárias como limpeza, segurança entre outras, uma empresa consegue focar na sua produção fundamental, aperfeiçoando e aumentando a qualidade de seu produto, e também a diminuição de custos.

No Brasil a terceirização foi incorporada ainda na década de 1980, com o advento das multinacionais e das empresas automobilísticas que realizavam toda a produção de peças no mercado externo e vinham para o Brasil somente para fins de montagem do produto final. As grandes empresas encontravam no Brasil um cenário amplamente suscetível, pois não havia previsão da terceirização na CLT nem no Código Civil, o que era favorável para seu implemento. No ramo do direito público, se o contratante for pessoa de direito público, conforme Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 457) “havendo o procedimento de licitação, é de natureza administrativa com efeitos civis[...]”.

O legislador, diante da iminência de casos de mão de obra terceirizada e sem previsão legal, se viu na obrigação trazer sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deu por meio de súmulas, que tratariam do assunto.

Haja vista a normatização da terceirização, é importante elucidar que ela não era esmiuçada em lei específica nem no Código Civil. Devido a elaboração que ocorreu durante a década de 40, a Consolidação das Leis do Trabalho também não conseguiu prever a proliferação da mão de obra terceirizada, sendo assim, fez breve apontamento do que poderia caracterizar uma espécie de subcontratação de mão de obra, no que diz respeito ao contrato de subempreitada.

A falta de regulamentação exigia que a doutrina e jurisprudência buscassem disciplinar sua aplicação. Sua regulação

se deu primeiramente mediante decretos pertinentes ao ramo de direito público e, posteriormente por meio da criação da lei 7.102/83 e pelo surgimento das Súmulas 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho no âmbito do direito privado.

Primeiramente, no âmbito da Administração Federal surgiu o Decreto-lei 200/67 que leciona sobre a descentralização, fundado sob o argumento de que isso melhoraria a máquina pública, pois se terceirizava atividades de planejamento, coordenação e controle. Isso devia ocorrer mediante contrato com a iniciativa privada.

Após, visando esclarecer a abrangência deste, teve surgimento a Lei 5.645/70 que em seu art. 3º, parágrafo único dispunha que “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto Lei 200/67”. Esse artigo restou revogado pela Lei 9.527 de 1993. Ainda sem definir atividade fim e atividade meio, pelo seu rol exemplificativo, denota-se que eram terceirizadas atividades secundárias.

Até então, pelos decretos, havia menção da terceirização no setor público, eis que em 1974 surge pela iniciativa privada a Lei 6.019/74, que visava tratar sobre o trabalho temporário e os contratos de trabalho por tempo determinado. Pode-se vislumbrar, por meio da referida lei, a contratação de obreiros para o exercício de atividades que necessitavam de pessoalidade e subordinação direta, constituindo modalidade de terceirização, mas mesmo assim descaracterizando atividade meio.

Foi excepcionalmente aceito pelo Direito do Trabalho com a justificativa de sua natureza transitória, visando a substituição de pessoal regular e permanente e até mesmo o acréscimo extraordinário de serviços da tomadora. Apresentava dualidade no que se refere a isonomia da proteção entre empregados permanentes e trabalhadores temporários. Foi alterada pela redação da lei 13.429 de 2017.

Surgindo como categoria exclusiva, a lei 7.102/83 discorre sobre a terceirização de vigilantes, mencionando também a contratação permanente desses mesmos profissionais. Inicialmente esse tipo de contratação se limitava ao setor bancário, progredindo, por meio da alteração pela lei nº 8.863/94 para outros setores empresariais. A terceirização também restou regulada por determinado tempo, pela Súmula 256 e pela Súmula 331, ambas do TST, conforme observa-se a seguir.

3.1.1. Súmulas 256 e 331 do TST

A súmula 256 do TST, aprovada em 1986, referenciando a Lei 6.019/74 e a Lei 7012/83, admitia a terceirização apenas excepcionalmente, de forma restrita às hipóteses previstas em lei: a do trabalho temporário e do serviço de vigilância. Segue abaixo redação original da súmula:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE(cancelada) – Res. 121/2003, DJ19, 20 e 21.11.2003
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019 de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A Súmula 256 não permitia a terceirização ressalvadas as hipóteses descritas acima, por entender ser essa ilegal. Contudo, essa súmula restou cancelada em dezembro de 1993, sendo substituída pela Súmula 331 do TST que ampliou largamente a possibilidade de terceirização.

A súmula 331 possibilitou a adoção da terceirização pessoal ou de serviços, que incutiu também, a responsabilidade subsidiária a empresa tomadora de serviços, e não solidária. De acordo com a responsabilidade subsidiária quem deve arcar diretamente é a empresa prestadora de serviços, somente sendo possível cobrar da

empresa tomadora se provado que a prestadora não poderia ou não conseguiria. Enquanto isso, no caso de responsabilidade solidária, o compromisso seria partilhado por ambas, podendo-se cobrar diretamente de qualquer uma das duas. Segue abaixo a redação da Súmula do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27,30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente

contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Identificam-se dois vínculos de contrato, o primeiro entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, e o segundo entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora de serviços. Nesse segundo caso, o vínculo decorre de contrato de natureza civil ou comercial, tendo em vista uma relação empresarial. De acordo com Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2017, p. 140), “o contrato entre as duas empresas (prestadora e tomadora) possui natureza civil. Se o contratante for pessoa de Direito Público, havendo o procedimento da licitação, é de natureza administrativa com efeitos civis [...]”. Detectada fraude, o vínculo dar-se-á diretamente com a empresa tomadora.

Tendo como base a Lei 6.019 de 1974, que tratava acerca do trabalho temporário em empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros, em 23 de março de 2017 a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei que alterava alguns dos dispositivos desta lei, era o PL 4.302/98.

Quando enviado à Câmara anteriormente, em 1998, conforme Nota Técnica nº 175 do DIEESE (2017, p. 02) esse projeto “tratava da ampliação do *Contrato de Trabalho Temporário*, mas, posteriormente, foi modificado para regular as empresas que intermedeiam a contratação de trabalhadores temporários”. Em 2008 houve a última tramitação desse projeto de lei, entretanto antes, em 2003, devido pressão das centrais sindicais, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva havia solicitado o seu arquivamento junto à Câmara dos deputados, solicitação essa que nunca foi colocado em votação.

Após ser aprovado o projeto de lei foi sancionado com três vetos pela presidência da República em 31 de março, vindo a se tornar a lei 13.429/2017.

4. Aprovação da lei 13.429

O advento da Lei 13.429 trouxe ao arcabouço jurídico a regulamentação da terceirização para além do entendimento dos tribunais, ou seja, das súmulas. Houve a positivação de uma lei geral que regulamenta a terceirização e o trabalho temporário. Ela alterou dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário, e também a definiu parâmetros legais para a prestação de serviços a terceiros. Além disso, ela dá outras providências e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

O artigo 19B da lei 13.429 diz que essa não será aplicada nos casos de vigilância e transporte de valores, continuando essa modalidade de terceirização sendo regulada por legislação especial e subsidiariamente pela CLT. O trabalhador temporário também não se submete ao contrato de experiência, conforme o parágrafo quarto do artigo 10º, previsto no artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outras alterações importantes dizem respeito ao objeto, às partes, à possibilidade de terceirização irrestrita, ao vínculo empregatício, bem como acerca das condições de trabalho oferecidas e sobre prazo do contrato de trabalho, como será abordado a seguir.

a) Objeto, empresa tomadora e empresa prestadora

O artigo 2º¹ determina qual o objeto da empresa interposta, sendo esse o fornecimento de mão de obra à empresa tomadora de serviços. Isso constitui, claramente, a mercantilização do trabalho humano, algo veementemente combatido pela Organização Internacional do Trabalho. Tratar o trabalho humano como

mercadoria incorre, também, no ferimento do princípio da valorização ao trabalho.

Enquanto isso, o artigo 4^o estabelece quem pode intermediar a contratação de mão de obra temporária. Inicialmente chamada de Empresa Prestadora de Serviços, passando agora, pela nova redação, a ser chamada de Empresa de Trabalho Temporário. Deve ser pessoa jurídica devidamente registrada no Ministério do Trabalho e Emprego, obedecendo aos requisitos impostos pelo artigo 6^o da mesma lei. Conforme a NT n^o 175 do DIEESE (2017, p.8): Essa definição viabiliza a chamada 'pejotização', que significa a prestação de serviço por empresa de uma só pessoa (Artigo 4^o e de modo ainda mais evidente, no segundo parágrafo do Artigo 4^o- A). Não se admite que a administração pública possa oferecer intermediação de serviços.

Cumprir observar o parágrafo primeiro do artigo 4- A, acrescido pela lei 13.429/17, que dá margem à empresa tomadora para contratar empresa interposta que subcontrate outra empresa destinada a contratação de mão de obra, configurando assim até uma quarteirização e não apenas terceirização. Esse é outro exemplo do desmonte das garantias do trabalhador, uma vez que, diante de uma ação trabalhista, o recebimento dos créditos inadimplidos se dificultaria enormemente.

b) Terceirização irrestrita

Observa-se também, por meio da lei, a ampliação das hipóteses do trabalho temporário, que, inicialmente, só ocorria nos casos de substituição transitória de pessoal da empresa tomadora. A lei acresce a possibilidade de utilização dessa modalidade quando houver necessidade de demanda complementar, entretanto, deixa de definir os parâmetros para tanto, visto que o conceito de demanda complementar é muito vago, abrangendo muitas hipóteses, como quando há imprevisibilidade ou quando for caso de demanda intermitente ou sazonal.

Além disso, alterou também o cerne do trabalho terceirizado, visto que o parágrafo terceiro do artigo 9º traz a que talvez seja maior mudança no que se refere ao tipo de atividade, que é a possibilidade expressa de contratação de trabalhador temporário para desenvolvimento de atividades fim, ou atividades fundamentais. Conforme a redação original (lei 13.429, Art. 9º § 3º) “O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”

Essa possibilidade alargou o entendimento antes obtido, onde, pela leitura da súmula 331 do TST, só era legal a contratação para desenvolvimento de atividades meio, ou periféricas. Trouxe a possibilidade do que se configura como terceirização irrestrita.

c) Condições de trabalho

Os trabalhadores terceirizados são destinatários dos mesmos direitos garantidos no artigo 7º da Constituição, contudo não contam com os mesmos direitos previstos em norma coletiva pois não se encontram vinculados a nenhum sindicato da atividade que exerce. Conforme Graça Druck (2016, p. 39):

há um processo de dispersão dos sindicatos, pois a depender das atividades terceirizadas de uma empresa, trabalhadores que trabalham numa mesma unidade produtiva estão representados por cinco ou até seis sindicatos, fragilizando as lutas sindicais e até criando, muitas vezes, uma competição entre os próprios sindicatos

O parágrafo terceiro do artigo 5A¹ impõe que à empresa tomadora o fornecimento das mesmas condições de saúde e de segurança, dispensados a seus empregados diretos, aos trabalhadores terceirizados, independentemente se o trabalho é prestado dentro da empresa ou em outro lugar. Entretanto é facultada a empresa contratante a possibilidade de disponibilizar

outro local destinado ao refeitório dos trabalhadores terceirizados, podendo esse ser um refeitório acoplado, por exemplo.

A evidente discriminação que isso pode causar fere o princípio da isonomia, uma vez que ela pode dispensar tratamento mais confortável para os seus empregados diretos em detrimento dos trabalhadores terceirizados. Isso acaba por promover a discriminação entre os próprios trabalhadores, visto a diferenciação de tratamento dentro do posto de trabalho, correndo o risco de ser rebaixado pelos colegas que são contratados diretos da empresa.

Destarte também discorrer acerca da determinação legal de reservar vagas para deficientes físicos, visto que essa lei não insere ao emprego, mas unicamente ao posto de trabalho. O perigo de que a exceção da adoção da terceirização se torne regra coloca o deficiente diante de inconstância, vez que o legislador deixa de estipular o percentual mínimo e máximo de trabalhadores terceirizados e inclusive de estipular vagas reservadas a portadores de deficiência.

d) Vínculo

A terceirização fere a personalidade, pois não há pessoalidade, sendo essa uma maneira de afastar a possibilidade de relação de emprego e dismantelar a formação de vínculo trabalhista para fins de qualquer eventual ação que o reclamante poderia mover futuramente. A própria lei 13.429 traz isso expresso em seu artigo 10º quando diz que “qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário”.

Quem admite e assalaria o trabalhador temporário é a empresa prestadora de serviços, entretanto a subordinação se dá com a empresa tomadora. Ficou determinado que não há a existência de vínculo empregatício entre esses, mesmo que a

empresa tomadora tenha que, posteriormente, responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa interposta. Isso fortalece a intermediação da mão de obra pois oferece comodidade a empresa tomadora, uma vez que ela se escusa de obrigações principais da relação de emprego.

e) Contrato

Importante salientar o artigo 9º da lei 13. 429/17, que determina a forma de contratação do trabalho temporário. Deve essa ser solene, ou seja, por escrito, contendo requisitos como a qualificação das partes, o motivo da contratação, o prazo determinado, o valor da prestação de serviços, as condições de saúde e segurança e por fim deve-se especificar o tipo de trabalho a ser desenvolvido.

O parágrafo primeiro do artigo 10¹, traz o prazo para a celebração do contrato que, anteriormente, pela redação da Lei 6.019 previa 3 meses prorrogáveis, mediante autorização do Ministério do Trabalho. Agora a lei 13.429/17 conta com o prazo de 180 dias, prorrogáveis por mais 90, não devendo ultrapassar o máximo de 270 dias, consecutivos ou não, para o mesmo contrato. Apesar dessa salvaguarda, posta pela lei, isso não demonstra ser suficiente para a solução dos problemas acarretados pela precarização. Um contrato que finda antes de alcançar esse prazo máximo, podendo ser de 250 dias, por exemplo, não precisa respeitar esse lapso temporal de 90 dias.

Posto isso, cumpre analisar quais são níveis de precarização que a terceirização apresenta.

4.1. Precarização das relações laborais

A terceirização, desde sua concepção, se mostrou altamente perigosa aos interesses do indivíduo como trabalhador e como pessoa dotada de dignidade. A lei 13.429 promove flexibilização de bens jurídicos que deveriam ter sua tutela amplamente

resguardada pelo Estado, além de ferir princípios que constituem o alicerce para uma sociedade minimamente igualitária.

Ela ataca o mundo do trabalho no Brasil, e é resultante de um processo de globalização, e políticas neoliberais, ambas altamente perniciosas ao trabalhador. De acordo com decisão proferida pelo TST em 2011, a terceirização nos moldes da súmula 331 já se mostrava contrária ao princípio da valorização do trabalho e da isonomia, observa-se conforme disposto na ementa:

ISONOMIA. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. A terceirização, pela forma com que é realizada no Brasil, resulta em um padrão de contratação de força de trabalho sumamente inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício clássico. Há, com essa fórmula, uma inegável precarização do trabalho humano, que não é tolerada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o art. 5º, caput e inciso I, combinado com o art. 7º, inciso XXXI, todos da Constituição Federal, autorizam uma interpretação isonômica mais avançada no sentido da impossibilidade de discriminação entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa. (TRT, RO, 2011).

Muito embora o pouco tempo de aprovação da lei 13.429/17, as experiências e dados que já existiam, acerca da terceirização, conforme a súmula 331, autorizam dizer que a precarização é um efeito irremediável da terceirização irrestrita.

Para a obtenção de dados acerca da precarização das relações laborais causada pela terceirização, não foi possível o acesso ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), conforme pesquisa desenvolvida pelo DIEESE, constante na Nota Técnica nº 172, de março de 2017:

o Cadastro nacional de Informações Sociais (CNIS) é a principal fonte de dados primários que permite identificar com clareza os trabalhadores terceirizados dos não terceirizados. Entretanto, o governo federal não disponibiliza o acesso de nenhuma

instituição de pesquisa a essa base de dados, apesar de terem sido feitas inúmeras tratativas nesse sentido. (2017, p. 2)

Contudo, a pesquisa levantada na NT N° 172 do DIEESE, foi elaborada com base na *Relação Anual de Informações Sociais (Rais)* e na *Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)*. Conforme o estudo, a terceirização se faz presente em atividades como apoio e manutenção, serviços de preparação e reparo, além de outras onde ela incide visivelmente, como é o caso da construção civil, serviços de engenharia, tele atendimento e confecção fabril. De acordo com a Nota Técnica N° 172:

no caso da construção civil, a inclusão no rol das atividades tipicamente terceirizadas se justifica pelas inúmeras evidências de terceirização e mesmo de quarteirização nos canteiros de obras. Além disso, é uma atividade que exemplifica com bastante clareza a distinção entre atividade-meio e atividade-fim em processos produtivos fragmentados, questão central na discussão recente sobre terceirização. (2017, p. 03).

A terceirização como forma de contratação é presença constante no mercado de trabalho. Os dados levantados pela pesquisa (2017, p. 04) mostram que “em 2014, havia 12,5 milhões de vínculos ativos nas atividades tipicamente terceirizadas e 35, 6 milhões nas tipicamente contratantes, ou seja, essas ultimas respondem por cerca de um quarto dos vínculos de trabalho formais no Brasil.”

O estudo apresentou, ainda, índice acerca do rompimento de vínculos e da conseqüente rotatividade. Ela mostra que, nas atividades tipicamente contratantes, de cada 100 vínculos ativos, ao final de 2014, mais de 40 foram rompidos, enquanto que nas atividades tipicamente terceirizadas a relação que se dá é de 80 vínculos rompidos de 100 vínculos ativos. Sobre isso, ainda conforme a NT n° 172:

esse indicador reflete a qualidade dos postos de trabalho, pois diz respeito à maior ou menor estabilidade do posto de trabalho. Quanto maior a taxa de rotatividade descontada, menor a estabilidade, portanto, menor a qualidade do posto de trabalho. (2017, p. 06)

Isso reforça a ideia de que a terceirização não subsiste a uma análise constitucional, visto que não atende a finalidade social do trabalho, deixando de atender a continuidade da relação de emprego, cria postos de trabalho que não promovem a inserção do trabalhador ao emprego.

O trabalhador terceirizado acaba por se acostumar com a mudança repentina de trabalho, se conformando com a ideia de que é melhor ter um trabalho visivelmente prejudicado pelo decréscimo de direitos e garantias, do que não ter nenhum. Além disso, ainda é perceptível, conforme o estudo, que a remuneração é diferente para os trabalhadores terceirizados. Tendo como base os anos de 2007 a 2014, a diferença girava em torno de 23 e 27 % “Em dezembro de 2014 a remuneração média nas atividades tipicamente contratantes era de R\$ 2.639, enquanto nas atividades tipicamente terceirizadas era de R\$ 2.021.” (2017, p. 23). Essa diferença se dá pela correlação com a duração do vínculo de emprego, como mostra a NT 172:

observa-se, claramente, que nas atividades tipicamente contratantes, existe forte correlação entre a duração do vínculo de emprego e níveis de remuneração mais elevados. Tal correlação não se verifica em relação aos vínculos nos setores tipicamente terceirizados. (2017, p. 14)

Isso fere a isonomia salarial, onde o exercício de mesma função é permitido, entretanto a remuneração pode ser diferente. Os créditos trabalhistas recebem tratamento diferente também, vez que o terceirizado cobra primeiramente da empresa interposta e apenas diante de não pagamento é que se estabelece a responsabilidade da empresa tomadora, respondendo apenas

subsidiariamente. Enquanto isso, o empregado direto pode cobrar diretamente da empresa a qual é subordinado.

Continuando, há de se falar também, sobre os casos de acidente de trabalho, onde o índice é alarmante. O percentual que incorre acerca dos afastamentos por acidentes de trabalho se mostra muito maior nas atividades tipicamente terceirizadas do que nas contratantes, chegando a, segundo a pesquisa, 9,6 % contra 6,1%. Conforme NT n° 172 (2017, p. 17):

Os dados revelam que a partir do 20° centésimo de remuneração (até 1,3 salário mínimo), a participação dos afastamentos por acidente de trabalho típicos é mais elevada nas atividades tipicamente terceirizados do que nas tipicamente contratantes, chegando a ser duas vezes mais alta, em alguns casos.

Em síntese, considerando o ano de 2014, foi verificado pela pesquisa que nas atividades tipicamente terceirizadas, as condições de trabalho e a remuneração são inferiores às verificadas nas atividades tipicamente contratantes. Com efeito, acerca da aprovação da Lei 13. 429/17, o estudo levantado pela NT n° 172 (2017, p. 24) já advertia que:

Se isso ocorrer, poderá haver uma piora na própria distribuição de renda do país, além do aumento da insegurança entre trabalhadores, num momento de agravamento da recessão e em que o governo federal propõe reformas institucionais restritivas de direitos, como a previdenciária e a trabalhista.

De acordo com a lei 13.429/17, a terceirização fere o disposto no artigo 3º, inciso IV da Constituição “ IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, ao promover discriminação do trabalhador terceirizado. Além disso, os princípios da valorização do trabalho, da proteção, e da vedação ao retrocesso não são devidamente respeitados.

A dignidade do trabalhador, observando-se o mínimo existencial, é relativizada, o direito à uma relação de emprego saudável e equilibrada não existe, o trabalhador vende sua mão de obra por período determinado pelo empregador. Conforme explanação de Maurício Godinho Delgado (2014, p.133):

[...] a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

A terceirização acaba rebaixando o trabalho humano a condição de mera mercadoria. Observou-se também que a Lei da Terceirização não se mostra adequada a esses parâmetros, vez que dispõe artigos que permitem a precarização das relações laborais. Conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 78) fazendo menção a posição de Orlando Teixeira da Costa (1929- 1998), ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, “[...] a flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho”.

Com o intuito de regulamentar a terceirização, a lei 13.429/17 trouxe inúmeras incertezas como a questão da segurança laboral, da representatividade por sindicatos, das condições de trabalho, da arrecadação previdenciária entre outras. Isso mostra que o legislador deixou o trabalhador terceirizado à mercê do mercado de trabalho capitalista.

5. Conclusão

Por todo o exposto, o presente trabalho teve por finalidade responder ao questionamento específico acerca de como a terceirização afeta o universo do trabalho, servindo de instrumento à sua precarização.

O mundo cada vez mais globalizado, de lucratividade a qualquer custo e da defesa do neoliberalismo, características de um capitalismo devastador, tornou-se cenário propício para a aprovação da lei 13.429 em 2017. A ideia de a terceirização aumentaria os postos de trabalho e regulamentaria essa atividade que há muito já era praticada, endossou o discurso em sua defesa. Entretanto, observa-se o quão pernicioso ela é ao trabalhador, quando traz, explicitamente, a flexibilização de bens primários, atenuando direitos sociais em prol do desenvolvimento econômico.

Muito embora o pouco tempo de aprovação da lei 13.429/17, as experiências e dados que já existiam, acerca da terceirização no âmbito privado, conforme a súmula 331, autorizam dizer que a precarização é um efeito irremediável da terceirização irrestrita. Observa-se, por exemplo, o caso da contratação de mão de obra para o desenvolvimento de atividades-fim. Antes, não era permitido pois caracterizava-se como ilícito, entretanto, a lei 13.429/17 admite que ocorra a contratação de mão de obra para atividades-meio e fim.

Isso ocasiona a perda de direitos por parte do trabalhador, e, conseqüentemente, a precarização das relações laborais. O trabalhador, ao ser contratado como terceirizado, abre mão de inúmeras garantias asseguradas ao empregado contratado diretamente. Ocupando postos de trabalho, esse trabalhador não tem garantia de continuidade, ele não é inserido na relação de emprego, sua personalidade é suprimida e seu trabalho não atende às suas finalidades, visto que é categorizado como mercadoria.

Cabe ressaltar ainda, o enfraquecimento da força sindical, visto que o trabalhador terceirizado, por ser contratado para

exercer diversas funções, não consegue se identificar com nenhum sindicato, acarretando uma perda significativa na luta pela sua proteção.

Posto isso, todo o exposto corrobora com a tese de que a terceirização serve de instrumento à precarização das relações de trabalho. De acordo com os dados obtidos, os números correspondentes à precarização são muito maiores nas atividades onde a terceirização é comum, sendo os trabalhadores terceirizados muito mais afetados pelas medidas por ela imposta.

A visível diferença nas condições de trabalho oferecidas aos trabalhadores terceirizados possibilita uma rotatividade muito maior, trazendo incerteza e insegurança a esses trabalhadores, forçando-os a aceitar salários menores. A diferença salarial entre empregados diretos e trabalhadores terceirizados é outro fator de precarização, além disso, ele também é prejudicado quando precisa interpor ação trabalhista, presumindo-se que a empresa interposta geralmente é de pequeno porte, dificultando o recebimento das verbas correspondentes.

Em suma, concluiu-se que a terceirização ocasiona a precarização da relação de trabalho. O trabalho desenvolvido em situação prejudicial ao trabalhador pode ocasionar perdas significativas, além da notória discriminação ao categorizar o trabalhador terceirizado como de segunda classe. Mesmo com a tentativa de regulamentação, concluiu-se que o legislador falhou ao criar lei que enfraquece ainda mais a proteção ao trabalhador.

Referências

BRASIL . Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974 *Diário Oficial*, Brasília, 1974.

_____. Lei n. 13.429 de 17 de março de 2017. *Diário Oficial*, Brasília, 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. In: _____. *Súmulas*. Brasília: Diário de Justiça da União, 2003.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. In: _____. *Súmulas*. Brasília: Diário de Justiça da União, 2011.

CAVALCANTE, Jouberto ; JORGE NETO, Francisco. *Curso de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Atlas: 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, 1789.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Nota técnica*, n. 172, março de 2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

_____. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Nota técnica*, n. 175, abril de 2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec175TerceirizacaoTrabalhoTemporario.html>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

DRUCK, Graça. Flexibilização e precarização: formas contemporâneas de dominação do trabalho. *Caderno CRH*, Salvador, n. 37, p. 11-22, jul./dez. 2002.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl; *Manifesto do partido comunista*. Ed especial. Martin Claret: Vozes, 2014.

_____. *A ideologia alemã*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FERREIRA, Francisco; QUADROS, Jouberto. *Direito do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

VECCHI. *Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Terceirização, trabalho temporário e o novo marco regulatório: Comentários de Acordo com a Reforma Trabalhista*. Curitiba: Juruá, 2017.